



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

실업급여 부정수급

- 형사처벌 문제를 중심으로 -

2018년 2월

서울대학교 대학원

법학과

장 혜 영

실업급여 부정수급

- 형사처벌 문제를 중심으로 -

지도교수 김 복 기

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2017년 10월

서울대학교 대학원

법 학 과

장 혜 영

장 혜 영의 석사 학위논문을 인준함

2017년 12월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

실업급여 부정수급

- 형사처벌 문제를 중심으로 -

서울대학교 대학원 법학과

장 혜 영

우리나라의 실업급여 제도는 최초 도입 후 현재까지 수급자수 및 지급액 면에서 꾸준히 확대되어 오면서 실업자의 생계를 보호하는 사회안전망으로서 역할을 해오고 있다고 평가할 수 있다.

그러나 현행 실업급여의 수급요건이 엄격하고, 실업급여수급률도 50%에 미치지 못하는 등 비정규직, 일용직 근로자 등 상대적으로 실업급여를 더 필요로 하는 사람들이 실업급여를 수급하지 못하는 경우가 여전히 존재한다. 또한 실업급여의 사실상 임금대체율이 50% 미만이고, 수급기간 또한 실업기간에 비추어 짧게 설정되어 있어 실업급여가 실업기간 중 근로자의 생활을 실질적으로 보호하기에는 부족한 수준이다. 따라서 실업급여가 실업에 대비한 사회안전망으로서의 역할을 실질적으로 수행할 수 있도록 수급요건을 완화하고, 실업급여의 지급 수준을 향상시킬 필요가 있다.

그런 반면, 실업인정율은 거의 100%에 육박하는 등 실업급여 신청에 대한 심사가 실질적으로 이루어지지 못하고 있는바, 이는 부정수급을 유발하는 요인이 될 수 있는 한편, 실업급여 신청에 대한 심사 기능이 제대로

작동하였다면 아예 실업급여가 지급되지 않았을 경우가 부정수급으로 분류될 위험성도 있다.

한편, 실업급여 제도의 확대에 따라 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 실업급여를 수급하는 부정수급 또한 증가하고 있는바, 고용보험법은 수급권자인 근로자의 부정수급에 대한 형사처벌을 규정하고 있다.

고용보험법이 벌칙의 주체를 근로자로 제한하고, 법정형을 사기죄에 비하여 대폭 낮춘 것은 실업급여 제도의 본질을 고려하여 근로자의 부정수급에 대해서는 보다 가볍게 처벌하겠다는 입법 의지로 평가된다.

현재 실무상 근로자의 부정수급은 고용보험법위반죄 및 사기죄의 상상적 경합으로 처벌된다. 그러나 고용보험법위반죄는 그 주체가 근로자로 제한되는 점 및 기망행위의 대상이 실업급여로 한정되는 점에서 사기죄의 감경적 구성요건이므로, 고용보험법위반죄와 사기죄는 법조경합 중 특별관계에 해당하여, 고용보험법위반죄만 성립하고 사기죄는 성립하지 않게 된다.

반면, 고용보험법은 부정수급에 사업주, 브로커 등 제3자가 관여한 경우 제3자에 대한 처벌은 규정하고 있지 않으므로, 제3자에 대해서는 부정수급에 관한 일반적 구성요건인 사기죄가 성립한다. 현재 실무상 제3자를 근로자의 고용보험법위반죄의 공범 및 사기죄의 상상적 경합으로 처벌하고 있는바, 제3자는 범행의 동기, 방법, 규모 등에서 그 불법성이 근로자의 것보다 더 큰 경우가 많아 제3자의 불법성이 근로자의 불법성에 종속한다고 보기 어려우므로, 제3자를 근로자의 공범이라고 할 수 없다. 따라서 제3자에 대해서는 고용보험법위반죄의 공범이 성립하지 않고, 사기죄만 성립한다고 할 것이다.

입법적으로는 고용보험법에 제3자의 독자적인 불법성을 명시하는 벌칙 조항을 신설하여 제3자를 정범으로서 처벌할 필요가 있다. 이 때 그 법정

형은 제3자의 불법성에 상응하도록 현행 고용보험법위반죄의 법정형보다 높게 설정되어야 할 것이다. 이로써 제3자의 불법성을 정당하게 평가할 수 있고, 근로자에 대한 구성요건으로서의 현행 고용보험법위반죄의 고유한 영역을 확보할 수 있으며, 실업급여 부정수급에 대한 형사처벌 문제를 같은 법률 안에서 통일적으로 규율할 수 있을 것이다.

주요어 : 실업급여, 부정수급, 수급요건, 사기, 부정한 방법, 형사처벌, 근로자, 제3자, 고용보험법위반죄, 사기죄, 법조경합

학번 : 2001-21904

목 차

I. 서론	1
1. 연구의 목적	1
2. 논문의 구성(연구의 범위와 방법)	4
II. 실업급여 제도의 개관	6
1. 실업급여수급권의 헌법적 근거 및 법적 성격	6
2. 구직급여의 수급 요건	12
가. 법정 요건	12
나. 검토	13
3. 수급자격의 제한	16
가. 법정 제한 사유	17
나. 검토	18
4. 실업급여의 액수 및 기간	20
가. 급여기초임금일액 및 구직급여일액	20
나. 수급기간 및 수급일수	21
다. 검토	21
5. 실업급여의 재원	23
가. 관련 법 규정	23
나. 검토	24
6. 실업급여 제도의 운용 실태	25
가. 실업급여 수급률 및 실업인정율	25

나. 검토	28
-------------	----

III. 실업급여 부정수급 33

1. 부정수급의 의의	33
2. 부정수급의 현황과 유형	37
3. 부정수급에 대한 제재	40
가. 지급 제한, 반환 및 추가징수	40
(1) 고용보험법 상 고용안정·직업능력개발 사업 지원금과 비교	43
(2) 다른 사회보험 법률들과 비교	45
나. 형사처벌	48
다. 부정수급에 대한 제재 현황	48

IV. 실업급여 부정수급에 대한 형사처벌 50

1. 논의의 전제 - 형사처벌의 필요성 문제	50
2. 외국의 입법례	55
가. 영국	55
나. 미국	60
다. 일본	65
3. 현행법 상 실업급여 부정수급에 대한 처벌	67
가. 법해석의 방법 및 죄형법정주의	68
나. 고용보험법에 의한 처벌	70
(1) 객관적 구성요건 - ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’	71
(2) 주관적 구성요건	75
다. 형법 상 사기죄에 의한 처벌	78

(1) 객관적 구성요건	78
(가) 기망행위	78
1) 기망행위의 의의	78
2) 기망행위와 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’의 관계	79
(나) 재물의 교부 또는 재산상의 이익 취득	79
(다) 재산상의 손해 발생	80
(2) 주관적 구성요건	81
라. 고용보험법위반죄와 사기죄의 차이	83
(1) 법정형	83
(2) 공소시효	84
(3) 미수범 처벌 규정	84
4. 고용보험법위반죄와 형법 상 사기죄의 관계	85
가. 죄수론	86
(1) 일죄 및 수죄	86
(2) 법조경합과 상상적 경합의 구별	87
나. 판례 분석	89
(1) 고용보험법위반죄로만 선고된 경우	90
(2) 고용보험법위반죄 및 사기죄로 선고된 경우	92
(3) 검토	96
다. 소결	99
5. 부정수급에 관여한 제3자에 대한 처벌	101
가. 사기죄	102
나. 고용보험법위반죄의 공범	102
다. 고용보험법 상 양벌규정	104
라. 입법 제안 - 제3자를 처벌하는 구성요건 신설	106

V. 결론	110
-------------	-----

참고문헌	113
------------	-----

Abstract	121
----------------	-----

I. 서론

1. 연구의 목적

우리나라는 1997년 말 발생한 외환위기 후 기업들의 비정규직 고용이 크게 증가하면서 소위 노동시장의 유연화가 급격히 진행되었고, 2008년 리먼 브라더스의 파산으로 가속화된 전세계적 금융위기를 겪으면서 장기적인 경기 침체, 기업의 경영 악화에서 비롯된 파산 또는 구조조정 등으로 인한 실업 내지 고용의 불안정 문제가 중요한 사회, 경제적 문제로 대두하였다.

고용은 산업화 시대에 개인에게 가장 중요한, 그리고 거의 유일한 경제적 생활의 기초이기 때문에 실업은 개인생활에 치명적인 위험이 되는 바¹⁾, 이러한 위험이온전히 개인의 탓이 아닌 이상 이를 개인의 노력으로 극복하는 데는 한계가 있으므로, 개인의 사회적 위험을 보호하는 사회보장 제도의 존재 및 역할이 중요하다.

우리나라 사회보장 제도에 관한 기본법이라고 할 수 있는 사회보장기본법²⁾은 사회보장의 개념을 ‘출산, 양육, 실업, 노령, 장애, 질병, 빈곤 및 사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 국민 삶의 질을 향상시키는 데 필요한 소득·서비스를 보장하는 사회보험, 공공부조, 사회서비스’(사회보장기본법 제3조 제1호)로 정의하고 있다.

사회보험 체제 중 하나인 고용보험법은 ‘고용보험의 시행을 통하여 실업의 예방, 고용의 촉진 및 근로자의 직업능력의 개발과 향상을 꾀하고,

1) 이흥재·전광석·박지순, 사회보장법, 2015년, 1쪽.

2) 1995. 12. 30. 법률 제5134호로 제정되어 1996. 7. 1.부터 시행되었다. 이 법으로 기존의 사회보장에관한법률이 폐지되었다.

국가의 직업지도와 직업소개 기능을 강화하며, 근로자가 실업한 경우 생활에 필요한 급여를 실시하여 근로자의 생활안정과 구직 활동을 촉진함으로써 경제·사회 발전에 이바지하는 것을 목적'(고용보험법 제1조)으로 하여, 1995. 7. 1.부터 시행되고 있다. 고용보험법 상 주된 제도로는 고용안정·직업능력개발사업, 실업급여, 육아휴직급여, 출산전후휴가급여가 있으나, 그 중 지급되는 급여의 액수³⁾, 구체적인 생활에 미치는 영향력 측면에서 근로자에게 가장 중요한 제도는 실업급여라고 할 수 있다.

고용보험법은 일정한 요건 하에 실업급여를 지급하는 한편, 일정한 경우에는 그 지급을 제한하고 있다. 실업급여의 지급제한 사유 중 하나인 부정수급은 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법'으로 실업급여를 받은 경우로서, 부정수급에 대해서는 고용보험법에 여러 제재를 규정하고 있다. 즉 실업급여를 지급하지 않고, 이미 지급받은 실업급여를 반환하라는 명령을 할 수 있고, 추가 징수처분도 할 수 있다. 또한 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금이라는 형사처벌도 부과된다.

일견 실업급여 부정수급에 대한 제재의 종류 및 수가 적지 않은데, 실업의 위험이 상존하는 구체적인 현실 및 실업기간 동안의 근로자의 생활 안정 및 구직 활동 촉진이라는 고용보험법의 목적을 고려할 때, 부정수급에 대하여 형사처벌까지 할 필요가 있는지에 관한 의문이 제기될 수 있다.

즉 실업급여 부정수급에 대하여는 지급제한, 반환 명령 및 추가징수 처분이라는 행정 조치가 가능하고, 개별 근로자에 대해서는 이러한 조치만으로도 사실상 충분한 제재 효과를 거둘 수 있을 것으로도 보이기 때

3) 한국보건사회연구원의 '2014 고용보험 급여 종류 별 수급 현황'에 의하면 2014년에 지급된 총 고용보험 급여 중 실업급여가 65.21%로 가장 많은 비율을 차지하였다.
(http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=331&tblId=DT_33109_N067&vw_cd=MT_ZTITLE&list_id=331_33109_11&seqNo=&lang_mode=&obj_var_id=&itm_id=&conn_path=E1, 국가통계 포털, 2017. 9. 2. 방문)

문이다. 또한 부정수급은 실업급여를 수급할 수 없는 사람이 이를 지급받았다는 점에서 본질적으로는 부당이득의 문제로 볼 수 있고, 이에 실업급여 재원의 일부는 근로자가 납부하는 보험료로 조성된다는 사실을 더하면, 부정수급은 부당이득 또는 계약 책임 등 민사 문제이지 국가가 형벌권까지 행사하여야 할 문제인지에 대한 의문도 든다. 더욱이 실업급여의 수급요건이 상당히 엄격하고, 실제로 실업급여수급률이 높지 않아 실업급여가 꼭 필요한 사람들 중에서 실업급여를 지급받지 못하는 경우가 많은 현실을 고려하면, 부정수급에 대한 형사처벌은 결과적으로 사회적 약자에게만 엄격한 법 집행을 초래할 수 있다는 우려도 있다.

그러나 고용보험법을 비롯한 현행법이 실업급여 부정수급을 형사처벌하는 것이 필요하고 타당한 것인지에 대한 논의는 이후의 연구 과제로 남기고, 본 논문에서는 현행법 상 부정수급을 처벌하는 방법이 부정수급에 관여한 주체 별로 그 불법성을 정확하게 평가하여 이에 상응하는 형벌을 부과할 수 있는 것인지에 대해서 중점적으로 검토하고자 한다.

구체적으로는 현재 실무상 근로자의 실업급여 부정수급에 대하여 고용보험법위반죄 또는 고용보험법위반죄 및 사기죄의 상상적 경합으로 처벌하는바, 과연 양 죄의 관계를 어떻게 판단하는 것이 타당한지, 양 죄가 법조경합 관계로 고용보험법위반죄만 성립하는 것이 아닌지 살펴본다.

또한, 실업급여 부정수급에 수급권자인 근로자뿐만 아니라 사업주, 브로커 등 제3자가 관여하는 경우가 있는데, 부정수급의 규모, 기간, 방법 등 측면에서 근로자의 단독 행위에 비하여 오히려 그 불법성이 큰 경우가 많다.

현재 실무상 제3자에 대해서는 고용보험법위반죄의 공범 또는 고용보험법위반죄의 공범 및 사기죄의 상상적 경합으로 처벌하고 있는바, 이는 제3자를 근로자의 공범으로 인식하는 것을 제외하고는 근로자를 처벌하는

방법과 그 구조가 동일한 것으로, 위와 같은 부정수급에 관여한 제3자에 대한 현행법의 처벌 방법이 제3자의 불법성을 제대로 평가할 수 있는 것인지, 제3자의 불법성은 과연 근로자의 불법성에 종속하는 것인지 아니면 그 자신의 고유한 것인지, 고용보험법에 제3자를 독자적으로 처벌할 수 있는 구성요건을 신설할 필요가 있는지 등에 대해서도 함께 검토하고자 한다.

2. 논문의 구성(연구의 범위와 방법)

먼저 현행 실업급여 제도를 개관하면서 실업급여수급권의 헌법적 근거 및 법적 성격을 검토한 후, 구직급여의 수급 요건, 실업급여의 운용 실태 등을 확인한다. 고용보험법 상 실업급여는 구직급여와 취업촉진 수당으로 구분되나(고용보험법 제37조), 일반적으로 실업급여라고 함은 구직급여를 의미하며, 구직급여가 실업급여 중 가장 기본적이고 중요한 급여이므로, 이하에서는 구직급여를 중심으로 검토하기로 한다.

이후 실업급여 부정수급에 대하여 그 의의, 현황, 법적 효과 등을 검토하고, 실업급여 부정수급에 대한 형사처벌과 관련하여 영국 등 주요 외국의 입법례를 간략히 살펴본 후, 현재 실무상 행해지는 실업급여 부정수급에 대한 형사처벌의 방법에 대해서 중점적으로 검토한다. 이를 위하여 2014. 7. 1.부터 2017. 6. 30.까지 3년 동안 실업급여 부정수급에 대하여 선고된 1심 판례를 실증적으로 분석하는 방법을 사용하였다.

위 판례 분석 결과를 토대로 현재 실무에서 실업급여 부정수급에 대하여 고용보험법위반죄 및 사기죄의 상상적 경합으로 처벌하는 것이 타당한지, 양 죄의 관계는 어떠해야 하는지, 부정수급에 관여하는 사업주, 브로커 등 제3자를 근로자의 공범으로 처벌하는 것이 타당한지 등을 검토

한 후, 고용보험법에 제3자의 고유한 불법성을 명시하여 정범으로 처벌하기 위한 구성요건을 신설할 것을 제안하고자 한다.

II. 실업급여 제도의 개관

실업급여수급권의 헌법적 근거 및 법적 성격은 실업급여 부정수급 여부를 판단할 때 그 기준으로 기본권 제한의 원칙이 적용되어야 한다는 측면에서 검토할 필요가 있다. 구직급여의 수급 요건을 비롯한 현행 실업급여의 요건에 대해서는 실업급여의 운용 실태 및 실업 인정 과정의 문제점과 더불어 실업급여의 요건이 지나치게 엄격하여 실업급여 부정수급을 유발하거나 반대로 실업급여 부정수급으로 매도되는 현상을 초래하는 것이 아닌지의 측면에서, 실업급여의 재원에 대해서는 대부분 당사자의 보험료로 조성되는 실업급여의 부정수급에 대하여 민사책임이 아닌 형사처벌을 부과하는 것이 타당한지의 측면에서 각 실업급여 부정수급 문제와 관련되어 있으므로, 간략히 살펴보기로 한다.

1. 실업급여수급권의 헌법적 근거 및 법적 성격

우리나라 사회보장 제도에 관한 기본법인 사회보장기본법 제9조(사회보장을 받을 권리)는 ‘모든 국민은 사회보장 관계 법령에서 정하는 바에 따라 사회보장급여를 받을 권리(이하 ‘사회보장수급권’)를 가진다’고 규정하고 있고, 실업급여는 사회보장의 3대 영역 중 하나인 사회보험의 일종이므로 당연히 사회보장수급권에 포섭될 뿐만 아니라, 고용보험법 제38조(수급권의 보호)가 ‘실업급여를 받을 권리는 양도 또는 압류하거나 담보로 제공할 수 없다.’라고 규정하고 있어, 실업급여수급권이 법률상 보장되는 구체적 권리라는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다.

실업급여수급권의 헌법적 근거에 대해서는, 다른 사회보장수급권과

마찬가지로 헌법 제34조의 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 드는 견해⁴⁾가 일반적이다. 인간다운 생활을 할 권리의 법적 성격⁵⁾에 대해서는, 구체적·현실적 권리를 부여한 규정이 아니라 국가의 사회정책적 목표 내지 정치적 강령을 선언한 것으로 국가권력에 대하여 정치적·도의적 책임을 지운 것에 불과하다는 견해(프로그램규정설), 사회적 기본권을 실현해야 할 국가의 목표나 의무를 부과하는 객관적 규범(국가의 목표규정, 헌법위임이나 입법위임 등)으로 이해하는 견해(객관적 규범설)⁶⁾, 법적 권리로서의 성격을 가 지나 이 권리는 입법을 통해 구체화되어야만 현실적인 소구(訴求)가 가능한 구체적 권리가 된다고 보는 견해(추상적 권리설), 그 자체로서 직접 효력을 갖는 법적 권리이므로 국가는 이를 실현할 헌법적 의무가 있다는 견해(구체적 권리설)⁷⁾, 일정한 상황(예 : 무능력자가 기아, 질병 등으로 그대로 방치하는 경우에 사망에 이르거나 극심한 정신적, 신체적 훼손을 당할 지경에 이른 상태)에는 구체적인 물질적 급부나 보호를 직접 청구할 수 있는 구체적 권리가 도출되지만 그 외에는 이를 실현할 수 있는 법률을 입법할 것을 구하는 구체적 권리만 도출된다는 견해(제한적 구체적 권리설)⁸⁾ 등 다양한 견해가 대립하였다.

-
- 4) 김복기, 사회적 기본권의 법적 성격 - ‘인간다운 생활을 할 권리’를 중심으로 -, 「사회보장법연구」 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014년, 113쪽 ; 이호근, 사회보장법 총론의 가능성 - 사회보장기본법 개정논의와 관련하여 -, 「사회보장법학」 제1권 제1호, 2012년, 62쪽 내지 63쪽 ; 차진아, 사회보장수급권의 헌법적 근거와 제한사유의 합헌성에 대한 검토 - 사회보험수급권을 중심으로 -, 「사회보장법학」 제2권 제2호, 2013년, 12쪽.
 - 5) 인간다운 생활을 할 권리는 대표적인 사회적 기본권이므로, 인간다운 생활을 할 권리의 법적 성격에 관한 논의는 사회적 기본권의 법적 성격에 관한 논의로 볼 수 있다. 김복기, 앞의 글 또한 사회적 기본권의 법적 성격을 인간다운 생활을 할 권리를 중심으로 검토하고 있다.
 - 6) 장영수, 헌법학, 2017년, 793쪽 ; 홍성방, 헌법학개론, 2017년, 222쪽 내지 223쪽.
 - 7) 성낙인, 헌법학, 2017년, 1387쪽 ; 김철수, 헌법학신론, 2013년, 949쪽 내지 950쪽에서는 사회적 기본권을 ‘생존권적 기본권’으로 분류하여 논하고 있다.
 - 8) 정종섭, 헌법학원론, 2016년, 779쪽

헌법재판소는 “헌법 제34조 제1항이 보장하는 인간다운 생활을 할 권리는 사회권적 기본권의 일종으로서 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미하는데, 이러한 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리라고 할 것이다.”라고 판시(2004. 10. 28. 선고 2002헌마328 결정)하여 위 학설 중 추상적 권리설과 같은 입장으로 보이나, 또 다른 사건에서는 “인간다운 생활을 할 권리로부터는 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 ‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 할 것이다. 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리라고 할 것이다.”라고 판시(1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정)한 바 있어, 일정한 경우에는 구체적인 물질이나 급부를 청구할 수 있는 권리가 직접 도출될 수 있다는 입장으로 보인다.

인간다운 생활을 할 권리는 헌법 제34조 제1항⁹⁾의 문언 상 ‘권리를 가진다’라고 되어 있는 점, 입법을 통해 구체화된다는 사정은 실업, 경제위기 등 자본주의 사회의 구조적 문제점에 대한 국가의 적극적인 해결 방안으로서 형성된¹⁰⁾ 사회적 기본권의 속성 중 하나일 뿐이라는 점 등을 고려할 때 그 구체적 권리성이 인정된다고 할 것이다. 즉 사회적 기본권의 실현을 위하여 국가의 입법정책과 재정능력 등을 고려해야 함은 사실이나, 다른 기본권 또한 당해 국가 및 사회의 현실과 완전히 유리되어 실현될

9) 헌법 제34조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.

10) 김복기, 앞의 글, 113쪽.

수는 없다는 점에서, 유독 사회적 기본권만 이러한 특성을 이유로 그 권리 성 자체를 부정할 수는 없다고 할 것이다¹¹⁾.

또한, 실업급여는 결국 금원을 지급하는 것이고, 실업급여의 주된 재원이 근로자 및 사업주가 부담하는 보험료라는 점 등에서는 재산권과 관련이 있음은 분명하나, 한편으로는 근로자 및 사업주의 고용보험에의 가입이 강제되고, 국가가 이를 운용하면서 국고 보조를 받으며, 정책적 관점에서 보험료율이 산정되는 등 순수한 재산권과는 다른 측면이 있어, 실업급여수급권이 사회적 기본권으로서의 성격 외에 재산권적 성격도 갖는지를 검토할 필요가 있다.

헌법재판소는 헌법 상 기본권으로 보장받는 재산권의 의의 및 판단 기준에 관하여, ‘헌법 제23조의 재산권은 민법상의 소유권뿐만 아니라, 재산적 가치있는 사법상의 물건, 채권 등 모든 권리를 포함하며, 또한, 국가로부터의 일방적인 급부가 아닌 자기 노력의 대가나 자본의 투자 등 특별한 희생을 통하여 얻은 공법상의 권리도 포함한다. 헌법재판소는 공법상의 권리가 헌법상의 재산권보장의 보호를 받기 위해서는 일정한 요건을 갖추어야 한다고 판시하였는데, 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용가능해야 하며(사적 유용성), 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기기여), 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다는 것이다. 따라서 사회부조와 같이 국가의 일방적인 급부에 대한 권리는 재산권의 보호대상에서 제외되고, 단지 사회법상의 지위가 자신의 급부에 대한 등가물에 해당하는 경우에 한하여 사법상의 재산권과 유사한 정도로 보호받아야 할 공법상의 권리가 인정된다. 즉 공법상의 법적 지위가 사법

11) 성낙인, 앞의 책, 1388쪽.

상의 재산권과 비교될 정도로 강력하여 그에 대한 박탈이 법치국가원리에 반하는 경우에 한하여, 그러한 성격의 공법상의 권리가 재산권의 보호대상에 포함된다는 것이다'라고 판시(2009. 9. 24. 선고 2007헌마1092 결정)하였고, 이러한 기준에 의하여 군인연금법상 퇴역연금(92헌가9), 공무원연금법상 퇴직급여(94헌바27·29, 2000헌바57 등), 의료보험수급권(99헌마289, 2002헌바1 등), 국가유공자예우등에관한법률에 의한 수급권(93헌가14) 등에 대해서 재산권적 성격을 인정하였다¹²⁾. 이러한 헌법재판소의 기준에 의하면, 실업급여수급권 또한 재산권적 성격을 가진다¹³⁾. 즉 실업급여는 근로자에게 귀속되어 근로자의 이익을 위하여 이용가능하고(사적 유용성), 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 근로자가 보험료를 납부해야 하고(수급자의 상당한 자기기여), 근로자의 생존의 확보에 기여(생존 확보)하는 것이 명확하기 때문이다.

한편, 헌법재판소는 재산권을 제한할 경우에 관하여, '토지재산권 등에 관한 입법에 있어서 입법자에게 넓은 입법재량이 인정된다고 할지라도, 재산권의 사회적 기속성에 기한 제한 역시 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 비례원칙을 준수하여야 하고 재산권의 본질적 내용인 사적 이용권과 원칙적인 처분권을 부인하여서는 아니 되며, 이는 사회적 기속성이 더욱 강한 토지재산권에 관하여도 마찬가지이다. 요컨대, 재산권에 대한 제약이 비례원칙에 합치하는 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범위 내에 있는 것이고, 반대로 재산권에 대한 제약이 비례원칙에 반하여 과잉된 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것이며, 따라서 입법자가 재산권을

12) 노호창, 사회보험수급권의 재산권적 성격에 관한 소고, 「노동법연구」 제31호, 서울대노동법연구회, 2011년, 307쪽.

13) 노호창, 고용보험법상 권리의 법적 성격과 권리구제의 특징, 「사회보장법연구」 1호, 서울대사회보장법연구회, 2012년, 119쪽 내지 121쪽.

비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다'라고 판시(2006. 7. 27. 선고 2003헌바18 결정)하였다.

이제까지 사회보장수급권 중 사회보험수급권이 재산권적 성격을 갖는지 여부에 대한 논의는 주로 권리의 제한 및 침해된 권리의 구제 측면에서 이루어졌다. 즉 사회보험수급권은 사회적 기본권의 성격을 갖기 때문에 입법 형성의 단계에서 폭넓은 입법 재량이 허용되지만, 일단 입법에 의하여 구체화된 이후에 이를 제한하는 것은 수급자의 생존에 심각한 영향을 미칠 수 있으므로 자유권적 기본권에 대한 기본권 제한의 원칙인 비례의 원칙을 적용할 필요가 있는데, 그 근거로 사회보험수급권이 자유권적 기본권의 하나인 재산권¹⁴⁾과 같은 성격을 가지고 있다는 점을 드는 것이다¹⁵⁾.

실업급여수급권의 재산권적 성격은 사회보장법 영역에서 인정되고

-
- 14) 김철수, 성낙인, 정종섭, 각 앞의 책. 한편, 권영성, 헌법학원론, 2010년 및 장영수, 앞의 책은 각 재산권을 경제적 기본권으로 분류하고 있고, 허영, 한국헌법론, 2017년은 재산권을 경제생활영역의 보호 중 하나로 분류하고 있어, 학자들에 따라 재산권의 기본권으로서의 성격 및 체계를 달리 분류하고 있음을 알 수 있다.
- 15) 이흥재·전광석·박지순, 앞의 책, 2015년, 30쪽 ; 전광석, 한국사회보장법론, 2014년, 142쪽 ; 차진아, 앞의 글 ; 노호창, 앞의 글(사회보험수급권의 재산권적 성격에 관한 소고). 다만, 노호창, 앞의 글은 재산권을 자유권으로 분류하는 것에 대한 의문을 전제로 하여, 재산권 중에서도 '기존에 존재하고 있던' 재산권의 제한에 대해서는 엄격한 비례원칙이 적용되나 입법에 의하여 '종전에 없던 새로운' 재산권을 형성하는 경우에는 광범위한 입법재량이 허용된다는 점에서, 대부분 법률에 의하여 새롭게 형성된 사회보험수급권에 대하여는 재산권적 성격을 인정하더라도 권리구제의 측면에서는 별다른 실익이 없다는 입장이다. 그러나 사회보험수급권이 일단 법률에 의하여 형성되어 '기존에 존재하고 있던' 권리로 평가된 후 이를 제한하는 경우에는 엄격한 기본권 제한의 원칙인 비례의 원칙을 적용할 수 있고, 재산권적 성격은 사회보험수급권의 제한 뿐만 아니라 그 형성의 단계에서도 의미가 있는 것이므로(헌법 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.), 논의의 실익이 전혀 없다고 보기는 어렵다.

있는 폭넓은 입법 형성권을 제한하는 한계 법리로 작용한다¹⁶⁾는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 또한 실업급여를 제한할 경우 재산권을 제한할 경우와 같이 기본권 제한의 일반 원칙, 즉 비례의 원칙을 적용할 수 있다는 점에서도 의미를 찾을 수 있다. 실업급여 부정수급은 실업급여를 제한하는 사유 중 하나이므로, 실업급여 부정수급에 대한 형사처벌에 있어서도 기본권 제한이라는 측면에서 비례의 원칙이 적용된다는 점을 염두에 두고 검토할 필요가 있다.

2. 구직급여의 수급 요건

가. 법정 요건

구직급여는 이직한 피보험자인 근로자가 이직일 이전 18개월간 피보험 단위기간이 통산하여 180일 이상이고, 근로의 의사와 능력이 있음에도 불구하고 취업(영리를 목적으로 사업을 영위하는 경우를 포함)하지 못한 상태에 있고, 이직사유가 제58조에서 정하는 수급자격의 제한 사유에 해당하지 않고, 재취업을 위한 노력을 적극적으로 해야 하고, 일용근로자는 이에 더하여 수급자격 인정신청일 이전 1개월 동안의 근로일수가 10일 미만이어야 하는 등의 요건을 충족해야 한다(고용보험법¹⁷⁾ 제40조).

구직급여를 지급받으려는 자는 이직 후 지체없이 직업안정기관에 출석하여 실업을 신고하여야 하고(제42조), 직업안정기관의 장으로부터 제40조에 따른 구직급여의 수급 요건을 갖추었다는 사실(이하 "수급자격"이라 한다)의 인정을 받아야 한다(제43조). 또한 실업의 인정을 받으려는

16) 도재형, 사회보장급여의 조정, 「사회보장법학」 제2권 제2호, 2013년, 66쪽.

17) 이하 법명을 별도로 표기하지 않는 경우 현행 고용보험법을 지칭한다.

수급자격자는 제42조에 따라 실업의 신고를 한 날부터 계산하기 시작하여 1주부터 4주의 범위에서 직업안정기관의 장이 지정한 날(이하 "실업인정일"이라 한다)에 출석하여 재취업을 위한 노력을 하였음을 신고하여야 한다(제44조). '실업의 인정'이란 직업안정기관의 장이 제43조에 따른 수급자격자가 실업한 상태에서 적극적으로 직업을 구하기 위하여 노력하고 있다고 인정하는 것이다(제2조 제4호).

한편, 수급자격자는 실업의 인정을 받으려 하는 기간(이하 "실업 인정대상기간"이라 한다) 중에 근로를 제공하거나 창업한 경우에는 그 사실을 직업안정기관의 장에게 신고하여야 하는데(제47조 제1항), 위 신고의 무 불이행 등 고용보험법시행령이 정한 사유에 해당하면 부정수급으로 간주하여 그 실업인정대상기간에 한하여 구직급여를 지급하지 않되 2회 이상 신고하지 않으면 실업급여를 받은 날 또는 받으려 한 날부터 지급하지 않는다(제61조 제2항, 제1항, 고용보험법시행령 제80조).

나. 검토

먼저 피보험 단위기간과 관련하여, 법원은 “피보험 단위기간이라 함은 실제로 근로를 제공하고 그 대가로 금품을 수수한 날과 실제로 근로를 제공하지 않더라도 임금이 지급되는 유급휴일인 날을 의미하는 것이므로, 피보험 단위기간을 산정함에 있어 임금지급의 기초가 되지 아니한 무급휴일을 제외함이 상당하다.”라고 판시(서울행정법원 2010구합40427) 함으로써 피보험 단위기간에서 무급휴일을 제외하였다.

그러나 월급제 계약에서 특별히 무급휴일이 명확하게 규정되어 있지 않거나 임금지급의 기초일과 유급일 간의 관계가 1대1 대응을 이루기가 어려운 경우에는 피보험 단위기간을 산정하는 것이 명확하지 않게

되고, 휴식권의 관점에서도 무급휴일을 제외하는 것이 타당한지에 대한 의문이 있다. 또한 단기간 고용과 실업을 반복하는 취약 계층의 근로자에게는 피보험 단위기간이 180일 이상이 되느냐는 매우 중요한 요건이 되는데, 이 때 무급휴일을 제외한다면 실업급여 제도로 더욱 보호할 필요가 있는 취약 계층의 근로자를 배제하는 결과가 되어 실업급여 제도의 취지에 반할 수 있다.¹⁸⁾

둘째, 근로의 의사 및 능력과 관련하여, 사무직 근로자로서 이직한 수급권자가 종전 직장과의 유사한 직장에서만 일할 의사가 있고 생산직에 종사할 의사는 없다면 근로의 의사가 있다고 할 수 있는 것인지, 근로의 능력은 신체적 능력만을 의미하는지 아니면 수급권자의 개인적 사정도 포함하는지에 관한 의문이 생기는바¹⁹⁾, 해당 조항의 문언만으로는 이를 해소하기 어렵다.

셋째, 재취업을 위한 노력과 관련하여, 제44조 제2항은 단순히 ‘재취업을 위한 노력’이라고만 규정할 뿐 재취업이 해당 근로자에게 ‘적절한 직’이어야 한다는 이른바 ‘적직’의 개념을 설정하지 않고 있으며, 또한 재취업의 대상으로 적절하지 않은 고용에 대하여 따로 규정하고 있지 않다.

이와 관련하여, 우리와 비슷한 법체계를 갖고 있는 일본 고용보험법은 수급권자가 공공직업안정소가 소개하는 직업에 취직하는 것 또는 공공직업안정소장이 지시한 공공직업훈련 등을 받는 것을 거부한 때에는 그 거부한 날부터 기산하여 1개월간은 기본수당을 지급하지 않도록 하여

18) 노호창, 실업급여의 요건과 제한에 관한 연구, 「노동법연구」, 서울대노동법연구회, 2016년, 365쪽 내지 367쪽.

19) 조성혜, 구직급여의 수급 제한 및 중지(우리나라와 독일 법제의 비교를 중심으로), 「사회법연구」 제12호, 한국사회법학회, 2009년, 4쪽 ; 조성혜, 고용보험법상 구직급여의 수급요건, 「노동법학」, 한국노동법학회, 1998년, 133쪽 내지 134쪽.

재취업을 유도하면서도, 소개된 직업이 수급권자의 능력에 비추어 적당하지 않다고 인정되는 때에는 그 예외로 하고 있는바(일본 고용보험법 제32조 제1호)²⁰⁾, 고용보험법 자체에서 재취업의 대상으로 ‘적당한 직’을 명시하고 있는 점은 우리에게도 일정한 시사점을 준다고 할 것이다.

근로자의 ‘적직’ 선택권은 근로권의 구체적 실현인 고용보장에 있어서 존중되어야 할 핵심적인 요소라고 할 것이다. 현행 고용보험법은 ‘적직’ 선택을 통한 노동인격의 존중이라는 기본인식이 전체적으로 결여되어 있는 것으로 보여지는바,²¹⁾ 앞으로 고용보험법에 ‘적직’의 개념을 명시할 필요가 있다. 다만, ‘적직’은 개방성을 가진 개념이기에 적극적으로 규정되는 것보다는 소극적으로 규정되는 것이 적절할 것으로 보인다. 즉 단체협약이나 관행에 의해 일반적으로 존중되는 것보다 열악한 근로조건을 가진 근로자의 동종 직업분야 내의 고용 등 ‘적직’이 아닌 것이 무엇인지를 규정함으로써 ‘적직’의 범위를 확정하는 것이다²²⁾.

마지막으로, 수급권자가 실업급여 수급기간 중 근로 제공 사실을 신고하지 않은 경우 실업급여를 제한하는 것은 고용보험법이 실업급여와 임금소득의 이중적 수급을 금지하기 때문인데, 수급권자가 온전히 실업

20) 일본 고용보험법 第三十二条 受給資格者(訓練延長給付、個別延長給付、広域延長給付又は全国延長給付を受けている者を除く。以下この条において同じ。)が、公共職業安定所の紹介する職業に就くこと又は公共職業安定所長の指示した公共職業訓練等を受けることを拒んだときは、その拒んだ日から起算して一箇月間は、基本手当を支給しない。ただし、次の各号のいずれかに該当するときは、この限りでない。

一 紹介された職業又は公共職業訓練等を受けることを指示された職種が、受給資格者の能力からみて不適当であると認められるとき。

(http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=349AC0000000116#70. 2017. 9. 25. 방문.)

21) 이흥재, 실업급여의 수급자격과 구성체계 - 캐나다와 한국의 고용보험법을 기초로 한 비교연구 -, 「서울대학교 법학」 제45권 제3호, 2009년, 294쪽 내지 295쪽.

22) 노호창, 고용보험법상 권리 주체, 「노동법학」 제41호, 한국노동법학회, 2012년, 88쪽.

급여를 받으려면 근로를 하지 말아야 하고, 근로소득을 받으려면 실업급여를 포기해야 하기 때문에 실업자는 웬만큼 조건이 좋은 일자리가 아니면 취업을 할 유인이 없게 된다. 이는 당사자에게도 경제적으로 불이익을 주고, 실업자가 취업에 소극적으로 되어 실업기간이 늘어나면서 보험재정에 악향을 끼치게 되어, 결국 실업급여 제도의 본래적 취지에도 반하게 된다.

구 고용보험법(1999. 12. 31. 개정 이전의 것)²³⁾은 소득이 있는 업무에 종사한 경우 일정 한도의 소득을 초과하는 경우 감액된 구직급여를 지급하고, 고소득인 경우는 구직급여를 지급하지 않도록 규정하여, 근로자는 구직급여를 지급받는 동안 소득이 있는 업무에 종사할 수 있었고, 구직급여 아니면 취업이라는 양자택일을 할 필요가 없었다. 따라서 구법과 같이 실업급여와 임금소득의 병행을 인정하되 임금소득이 일정 수준을 초과할 경우 실업급여에서 공제하는 방안을 강구하는 것이 바람직하다고 본다²⁴⁾.

3. 수급자격의 제한

23) 구 고용보험법(법률 제5566호, 1998. 10. 1. 시행) 제38조 (구직급여의 감액)
①수급자격자가 실업의 인정을 받고자 하는 기간중에 자신의 근로에 의한 소득이 있는 경우에는 그 소득의 기초가 된 일수(이하 "所得基礎日數"라 한다)분의 구직급여는 다음 각호의 금액으로 한다.

1. 그 소득의 1일분에 상당하는 금액(所得의 總額을 所得基礎日數로 나눈 금액을 말한다. 이하 이 條에서 같다)과 구직급여일액의 합계액이 당해 수급자격자의 기초일액의 100분의 80에 상당하는 금액을 넘지 아니하는 경우에는 구직급여일액에 소득기초일수를 곱한 금액
2. 그 소득의 1일분에 상당하는 금액과 구직급여일액의 합계액이 당해 수급자격자의 기초일액의 100분의 80에 상당하는 금액을 초과하는 경우에는 그 초과하는 금액을 구직급여일액에서 공제한 금액에 소득기초일수를 곱한 금액. 이 경우 초과하는 금액이 구직급여일액이상인 경우에는 소득기초일수분의 구직급여를 지급하지 아니한다.

24) 조성혜, 사회보험법상 중복급여의 조정 - 사회보험급여와 근로소득을 중심으로, 「노동법학」, 한국노동법학회, 2011년, 154쪽 내지 155쪽.

가. 법정 제한 사유

근로자가 중대한 귀책사유로 해고된 경우로서 형법 또는 직무와 관련된 법률을 위반하여 금고 이상의 형을 선고받은 경우, 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 기준에 해당하는 경우, 정당한 사유 없이 근로계약 또는 취업규칙 등을 위반하여 장기간 무단결근한 경우(제58조 제1호) 및 근로자가 자기 사정으로 이직한 경우로서 전직 또는 자영업을 하기 위하여 이직한 경우, 제1호의 중대한 귀책사유가 있는 자가 해고되지 아니하고 사업주의 권고로 이직한 경우, 그 밖에 고용노동부령으로 정하는 정당한 사유²⁵⁾에 해당하지

25) 고용보험법시행규칙 [별표 2] 수급자격이 제한되지 아니하는 정당한 이직 사유(제101조제2항 관련)

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유가 이직일 전 1년 이내에 2개월 이상 발생한 경우
 - 가. 실제 근로조건이 채용 시 제시된 근로조건이나 채용 후 일반적으로 적용받던 근로조건보다 낮아지게 된 경우
 - 나. 임금체불이 있는 경우
 - 다. 소정근로에 대하여 지급받은 임금이 「최저임금법」에 따른 최저임금에 미달하게 된 경우
 - 라. 「근로기준법」 제53조에 따른 연장 근로의 제한을 위반한 경우
 - 마. 사업장의 휴업으로 휴업 전 평균임금의 70퍼센트 미만을 지급받은 경우
2. 사업장에서 종교, 성별, 신체장애, 노조활동 등을 이유로 불합리한 차별대우를 받은 경우
3. 사업장에서 본인의 의사에 반하여 성희롱, 성폭력, 그 밖의 성적인 괴롭힘을 당한 경우
4. 사업장의 도산·폐업이 확실하거나 대량의 감원이 예정되어 있는 경우
5. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사정으로 사업주로부터 퇴직을 권고받거나, 인원 감축이 불가피하여 고용조정계획에 따라 실시하는 퇴직 희망자의 모집으로 이직하는 경우
 - 가. 사업의 양도·인수·합병
 - 나. 일부 사업의 폐지나 업종전환
 - 다. 직제개편에 따른 조직의 폐지·축소
 - 라. 신기술의 도입, 기술혁신 등에 따른 작업형태의 변경

아니하는 사유로 이직한 경우(제58조 제2호)에는 수급자격이 없다.

또한 직업안정기관의 장이 소개하는 직업에 취직하는 것을 거부하거나 직업안정기관의 장이 지시한 직업능력개발 훈련 등을 거부하는 경우(제60조) 및 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 실업급여를 지급받았거나 받으려 한 경우(제61조)에도 지급이 제한된다.

나. 검토

먼저 자발적 이직에 의한 제한과 관련하여, 사실상 해고에 갈음

-
- 마. 경영의 악화, 인사 적체, 그 밖에 이에 준하는 사유가 발생한 경우
 - 6. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 통근이 곤란(통근 시 이용할 수 있는 통상의 교통수단으로는 사업장으로서의 왕복에 드는 시간이 3시간 이상인 경우를 말한다)하게 된 경우
 - 가. 사업장의 이전
 - 나. 지역을 달리하는 사업장으로서의 전근
 - 다. 배우자나 부양하여야 할 친족과의 동거를 위한 거소 이전
 - 라. 그 밖에 피할 수 없는 사유로 통근이 곤란한 경우
 - 7. 부모나 동거 친족의 질병·부상 등으로 30일 이상 본인이 간호해야 하는 기간에 기업의 사정상 휴가나 휴직이 허용되지 않아 이직한 경우
 - 8. 「산업안전보건법」 제2조제7호에 따른 "중대재해"가 발생한 사업장으로서 그 재해와 관련된 고용노동부장관의 안전보건상의 시정명령을 받고도 시정기간까지 시정하지 아니하여 같은 재해 위험에 노출된 경우
 - 9. 체력의 부족, 심신장애, 질병, 부상, 시력·청력·촉각의 감퇴 등으로 피보험자가 주어진 업무를 수행하는 것이 곤란하고, 기업의 사정상 업무종류의 전환이나 휴직이 허용되지 않아 이직한 것이 의사의 소견서, 사업주 의견 등에 근거하여 객관적으로 인정되는 경우
 - 10. 임신, 출산, 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다)의 육아, 「병역법」에 따른 의무복무 등으로 업무를 계속적으로 수행하기 어려운 경우로서 사업주가 휴가나 휴직을 허용하지 않아 이직한 경우
 - 11. 사업주의 사업 내용이 법령의 제정·개정으로 위법하게 되거나 취업 당시와는 달리 법령에서 금지하는 재화 또는 용역을 제조하거나 판매하게 된 경우
 - 12. 정년의 도래나 계약기간의 만료로 회사를 계속 다닐 수 없게 된 경우
 - 13. 그 밖에 피보험자와 사업장 등의 사정에 비추어 그러한 여건에서는 통상의 다른 근로자도 이직했을 것이라는 사실이 객관적으로 인정되는 경우

하여 사표를 제출한 경우 등 외형상 근로자가 자신의 진실된 사직의사를 표명한 것으로 보여도 그 이면에는 근로자의 귀책으로만 돌린다면 정당하지 않은 다양한 사정들이 존재할 수 있는데²⁶⁾, 이러한 경우 실업급여를 지급하지 않는 것은 부당하다. 따라서 외부에 드러난 의사표시와 관계없이 실질적으로 자발적 이직으로 볼 수 없는 경우에는 실업급여를 지급해야 할 것이나, 이를 입증하기가 쉽지 않다는 현실적인 문제가 있다.

보다 근본적으로는 자발적으로 이직한 근로자도 보험료를 납부함으로써 실업급여의 재원에 대한 기여가 있고, 자발적으로 이직했다고 하더라도 구직 활동을 하는 동안에는 결국은 실업자인 만큼 비자발적 이직자와 생활상의 여건은 동일하다는 점에서 자발적 이직자에게도 구직급여를 지급하는 것이 근로자의 안정된 생활과 구직활동을 촉진하는 실업급여 제도의 취지에 부합한다고 할 것이다²⁷⁾.

한편, 자발적 이직이라도 고용보험법시행규칙이 정하는 정당한 사유에 해당하는 경우에는 수급자격이 인정되는데, 위 정당한 사유의 입증 책임을 근로자에게 부담시키는 현행법의 태도가 정당한 것인지에 대해서는 의문이 있다²⁸⁾. 현행 고용보험법이 근로자의 이직 사유를 사업주가 신고하고, 이직확인서 또한 사업주가 제출하도록 되어 있음²⁹⁾을 고려할 때,

26) 노호창, 실업급여와 퇴직금을 둘러싼 노사간 담합사건의 시사점 - 인천지방법원 2014. 10. 24. 선고 2014노2850 판결 -, 「노동법학」 제53호, 2015년, 235쪽.

27) 노병호·엄주천, 현행 실업급여 제도에 대한 재검토, 「원광법학」 제28권 제1호, 2012년, 89쪽. 다만, 이 글에서는, 자발적 이직자에 대해서는 수급자격의 유예 또는 수급기간의 단축 등으로 스스로 실업을 유발한 책임을 물을 수 있다고 하였다.

28) 노호창, 실업급여를 받을 수 있는 정당한 이직 사유 - 서울행정법원 2014. 7. 3. 선고 2014구합2270 판결 -, 「월간노동리뷰」, 한국노동연구원, 2014년, 76쪽.

29) 제15조(피보험자격에 관한 신고 등) ①사업주는 그 사업에 고용된 근로자의 피보험자격의 취득 및 상실 등에 관한 사항을 대통령령으로 정하는 바에 따라 고용노동부장관에게 신고하여야 한다.

사업주가 이직 사유를 단순히 자발적 이직으로만 기재할 경우, 결국 실제 이직 사유가 수급자격이 제한되지 않는 정당한 사유에 해당함을 근로자가 입증해야 하는데, 이미 해당 사업장에서 퇴직한 근로자가 이직과 관련된 자료 및 관계인에 대한 지배력을 행사하는 사업주를 상대로 이를 입증하는 것은 현실적으로 매우 어려운 일이다.

이와 같은 사업주와 근로자의 지위 내지 힘의 차이 및 실업 상태인 근로자를 보호하려는 실업급여 제도의 취지 등을 고려하여, 근로자의 자발적 이직이 실업급여를 지급받을 수 있는 정당한 사유에 의한 것이 아니라는 사정은 그 실업급여의 지급을 거부하는 행정기관이 입증하도록 해야 할 것이다. 행정기관은 결국 사업주로부터 제출받는 자료들에 의하여 이를 입증하게 될 것이다.

4. 실업급여의 액수 및 기간

가. 급여기초임금일액 및 구직급여일액

급여기초임금일액은 구직급여의 산정기초가 되는 임금일액으로, 평균임금, 통상임금 또는 기준보수에 의하여 산정된다(제45조).

제16조(이직의 확인) ①사업주는 제15조제1항에 따라 피보험자격의 상실을 신고할 때 근로자가 이직으로 피보험자격을 상실한 경우에는 피보험 단위기간·이직 사유 및 이직 전에 지급한 임금(「근로기준법」에 따른 임금을 말한다. 이하 같다)·퇴직금 등의 명세를 증명하는 서류(이하 "이직확인서"라 한다)를 작성하여 고용노동부장관에게 제출하여야 한다. 다만, 제43조제1항에 따른 수급자격의 인정신청을 원하지 아니하는 피보험자격 상실자(일용근로자는 제외한다)에 대하여는 그러하지 아니하다.

②이직으로 피보험자격을 상실한 자는 실업급여의 수급자격의 인정신청을 위하여 종전의 사업주에게 이직확인서의 교부를 청구할 수 있다. 이 경우 청구를 받은 사업주는 이직확인서를 내주어야 한다.

구직급여일액은 원칙적으로 급여기초임금일액의 50%로 하되, 구직급여일액이 이직 당시 1일 소정근로시간에 시간급 최저임금의 90%보다 낮은 경우는 최저임금의 90%에 해당하는 금액을 지급한다(제46조).

나. 수급기간 및 수급일수

구직급여는 원칙적으로 그 구직급여의 수급자격과 관련된 이직일의 다음 날부터 계산하기 시작하여 12개월 내에 동법 제50조 제1항에 따른 소정급여일수를 한도로 하여 지급하는데(제48조), 소정급여일수는 하나의 수급자격에 대하여 구직급여를 지급받을 수 있는 일수로 근로자의 이직일 현재 연령과 피보험기간에 따라 최저 90일에서 최장 240일이다(별표 1).

다. 검토

구직급여의 지급수준을 가늠해볼 수 있는 임금대체율은 급여기초임금일액 대비 구직급여일액의 비율로서, 현행법상 50%로 설정되어 있으나 상한액과 하한액이 존재하고 상한액 및 하한액을 적용받는 수급자 비율이 매해 증가하고 있어 정확히 50%가 되지는 않는다. 2014년 기준 수급자의 약 28.5%가 상한액을 적용받고, 약 67%가 하한액을 적용받고 있는데, 2010년 이후 각 증가하고 있다. 하한액을 지급받는 수급자의 비율이 높고 계속 증가하는 이유는 구직급여일액의 하한액이 최저임금일액의 90%로 책정되는데 최근 최저임금일액이 빠르게 상승하여 2016년 기준 하한액이 상한액을 초과한 상태로 수급자 전체가 하한액(43,416원)을 적용받고 있다. 2014년 기준 임금대체율은 48.9%로 2010년 이후 큰 변화가

없다. 그리고 2014년 기준 수급일수의 평균은 118일로 2010년 약 114일에 비하여 크게 증가하지는 않았다³⁰⁾.

구직급여 액수 및 수급일수의 적정성은 실업기간 중 근로자의 생존권을 보호하려는 실업급여 제도의 취지를 실현할 수 있는지의 관점에서 검토해야 할 것인바, 현행 구직급여의 임금대체율 및 수급일수는 다소 낮은 것³¹⁾으로 보인다. 2006년 실업급여 수급자를 대상으로 한 실증적 분석 결과, 실업급여수급자 중 재취업에 성공한 사람들의 평균 실업기간은 400일 무렵으로 특히 소정급여일수가 90일인 경우 실업기간이 420일에 육박하고 있는바³²⁾, 실업기간과 수급일수의 차이가 커 현행 임금대체율과 수급일수로는 실업기간의 생계 유지에 충분하지 않다. 실업급여 제도의 적정 구조를 모색하기 위한 정책시뮬레이션에서도 도덕적 해이를 고려한 최적의 임금대체율이 현행법 규정보다 높은 60% 정도로 나타나기도 하였다³³⁾.

따라서 구직급여액의 상한을 높여 임금대체율을 높이고, 수급일수를 늘려 실업급여의 보장 수준을 높일 필요가 있다. 구직급여액 및 수급일수를 늘리는 것에 대하여 실업자의 구직급여에 대한 의존도를 높여 재취업 활동을 위축시킬 것이라는 우려도 있을 수 있으나, 위 2006년 실업급여 수급자를 대상으로 한 실증적 분석 결과 수급기간 및 임금대체율과

30) 김지운, 구직급여제도의 변화가 노동시장에 미치는 영향, 한국개발연구원, 2016년, 16쪽 내지 19쪽.

31) 이병희, 고용보험 20년의 평가와 과제 : 사각지대와 실업급여를 중심으로, 「한국사회보장학회 정기학술발표논문집」, 한국사회보장학회, 2015년, 144쪽.

32) 엄현택·이창원, 실업급여정책의 효과성에 관한 연구 - 수급기간과 지급수준을 중심으로 -, 「한국정책학회보」 제19권, 한국정책학회, 2010년, 355쪽.

<표 6> 실업급여수급자 중 재취업자의 소정급여일수별 평균 실업기간

소정급여일수	90일	120일	150일	180일	210일	240일
평균실업기간	419.6일	399.3일	402.2일	387.8일	386.2일	405.8일

33) 전영준, 실업보험급여의 적정 구조에 대한 연구 : 일반균형모형을 이용한 접근, 「한국경제의분석」 15권, 한국금융연구원, 2009년, 230쪽.

재취업률 사이에 각 유의미한 관련이 없고, 오히려 여성의 경우는 임금 대체율이 높을수록 재취업률이 높게 나타났다³⁴⁾.

현행 실업급여의 보장 수준이 낮다는 점에 대한 문제의식은 국회에서도 어느 정도 공유되고 있는 것으로 보이는데, 2016. 5. 30. 당시 새누리당 의원 김성태 등 122명이 제안하여 현재 국회에 계류 중인 고용보험법일부개정법률안은 임금대체율을 60%로 인상하고, 수급일수를 120일 내지 270일로 연장하는 등 실업급여의 보장 수준을 좀 더 강화하는 내용을 포함하고 있다.³⁵⁾

5. 실업급여의 재원

가. 관련 법 규정

국가는 매년 실업급여 등 보험사업에 드는 비용의 일부를 일반회계에서 부담하여야 하고, 예산의 범위에서 보험사업의 관리·운영에 드는 비용을 부담할 수 있으나(제5조), 실업급여에 드는 비용은 원칙적으로 고용보험의 가입자인 근로자와 사업주로부터 징수하는 보험료로 충당된다(제6조, 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률(이하 보험료징수법) 제13조). 고용노동부장관은 실업급여 등 보험사업에 필요한 재원에 충당하기 위하여 고용보험기금을 설치하고, 기금은 보험료와 고용

34) 엄현택·이창원, 앞의 글, 355쪽, 357쪽 내지 358쪽.

35) 고용보험법일부개정법률안(김성태의원 대표발의), 의안번호 29, 발의연월일 2016. 5. 30. 다만, 이 안은 구직급여일액의 하한액을 최저임금일액의 80%로 하향하고, 피보험단위기간을 24개월 동안 270일로 증가시키는 등 수급요건을 현행법보다 강화하는 내용도 포함하고 있다.
(http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_G1J6D0T5Q3R0N1S4C1T9N1N9U5E1V0. 2017. 10. 16. 방문.)

보험법에 따른 징수금·적립금·기금운용 수익금과 그 밖의 수입으로 조성한다(제78조). 기금은 국가재정법의 규정에 따라 고용노동부장관이 관리, 운용하는데(제79조), 고용노동부장관은 매년 기금운용계획을 수립하여 고용보험위원회 및 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻어야 하고, 매년 기금의 운용 결과에 대하여 고용보험위원회의 심의를 거쳐 공표하여야 한다(제81조). 또한 고용노동부장관은 대량 실업의 발생이나 그 밖의 고용상태 불안에 대비한 준비금으로 여유자금을 적립하여야 하는데, 실업급여계정의 연말 적립금은 해당 연도 지출액의 1.5배 이상 2배 미만이어야 한다(제84조).

근로자가 부담하여야 하는 보험료는 자기의 보수총액에 실업급여의 보험료율의 2분의 1을 곱한 금액으로 하므로(보험료징수법 제13조 제2항), 보험료 액수를 결정하는 요소는 보수총액과 보험료율이다. 보수는 소득세법 상의 근로소득에서 비과세 근로소득을 공제한 금액이다(보험료징수법 제2조 제3호, 보험료징수법시행령 제2조의2). 실업급여의 보험료율은 1998년 이전에는 6/1000이었으나 점차 증가하여 2013. 7. 이후 현재 13/1,000³⁶⁾이고(보험료징수법시행령 제12조), 이를 근로자와 사업자가 1/2씩 부담한다(보험료징수법 제13조). 따라서 근로자는 자기의 보수총액 $\times 13/1,000 \times 1/2$ 에 해당하는 금액의 보험료를 부담한다. 사업주는 근로자가 부담하는 보험료를 그 근로자의 보수에서 원천공제할 수 있으므로(보험료징수법 제16조), 사업주는 근로자의 부담분을 포함한 고용보험료 전액을 납부할 의무가 있다.

나. 검토

36) 고용노동부 고용정책실 고용보험기획과, 2017년판 고용보험 백서, 고용노동부, 2017년, 57쪽.

2016년 고용보험기금의 총 수입은 15조 161억 9,400만원으로, 그 중 보험료가 9조 401억 2,900만원이고, 일반회계전입금이 707억 1,800만원을 차지하였다³⁷⁾. 즉 전체 고용보험기금 중 보험료가 차지하는 비율이 약 60%로 가장 높고, 일반회계전입금의 비율은 0.4%에 불과한 것으로 나타나, 보험료가 실업급여 등 보험사업의 가장 주요한 재원임을 확인할 수 있다.

이처럼 실업급여를 위한 재원의 대부분을 근로자 등 실업급여 제도의 당사자들이 부담한다는 사실을 고려할 때, 실업급여 부정수급의 경우 그 제재로서 채무불이행 책임과 같은 민사책임을 부과하는 것으로 충분하고, 국가가 형사처벌까지 부과하는 것은 부당하거나 부적절한 것이 아닌지에 관한 의문을 불러일으키기도 하는바, 부정수급에 대한 형사처벌 문제에 대해서는 후술하기로 한다.

6. 실업급여 제도의 운용 실태

가. 실업급여 수급률 및 실업인정율

실업급여는 지급 첫 해인 1996년 수급자 8,103명에 대하여 약 105억원을 지급한 것을 시작으로 하여 외환위기 이후인 1998년 574,067명에 대하여 7,992억원을 지급하는³⁸⁾ 등 수급자수 및 실업급여 지급액이 대폭 증가하였고, 이후 안정 추세를 보이다 2003년부터 2009년까지 지속

37) 고용노동부 고용정책실 고용보험기획과, 앞의 책, 298쪽.

38) 성재민, 실업급여의 역사와 과제, 「월간노동리뷰」, 한국노동연구원, 2016년, 26쪽.

적으로 증가한 후, 2010년부터 감소하였다가, 2012년부터 2016년까지 다시 증가하는 추세에 있다. 최근 증가 원인에 대해서는 고용보험 적용 대상의 꾸준한 확대 및 실업급여에 대한 인식 확대에 따른 신청자 증가와 일용근로자 수급자 증가 등 다양한 요인이 복합적으로 작용한 결과로 보인다³⁹⁾.

위와 같은 수급자수의 증가와 함께 실업급여 제도 도입 초기에는 10%에도 미치지 못했던⁴⁰⁾ 실업급여수급률(전체 실업자 수 대비 실업급여 수급자 수의 비율)은 2005년 23%에서 2012년 41%로 지속적으로 증가하였고, 2014년은 38.7%를 기록하였다⁴¹⁾. 실제 실업자 1,792명을 대상으로 한 실증적 연구에서는 실업급여 수급자가 29.4%에 불과한 것으로 나타났다⁴²⁾.

대상을 구직급여로 좀 더 한정하고, 전체 실업자가 아닌 구직급여 수급자격자 중 구직급여 수급자의 비율(이하 구직급여수급률)을 살펴봐도, 그 비율이 그다지 높지 않다. 즉 1998년부터 2014년 사이의 구직급여수급률은 평균 46.3%로, IMF 위기 당시인 1998년에 45.6%였다가

39) 고용보험 지출현황, e-나라지표, 출처 고용노동부 「고용보험기금 결산보고서」, 최근갱신일 2017. 8. 10.
(http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1508, 2017. 9. 21. 방문)

*단위(억원)	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
고용보험 지출액	47,358	50,757	67,245	60,011	59,339	59,880	64,812	70,026	81,245	88,672
전년대비 증가율(%)	22.9	7.2	32.5	-10.8	-1.1	0.9	8.2	8	12	9.1
실업급여	27,132	32,290	45,294	41,585	41,876	43,873	46,080	49,682	55,016	58,595
고용안정·직업 능력개발사업	20,226	18,467	21,951	18,426	17,463	16,007	18,732	20,344	26,229	30,077

40) 성재민, 앞의 글, 27쪽.

41) 방하남·남재욱, 고용보험의 사각지대와 정책과제에 관한 연구: 실업급여를 중심으로, 「사회복지정책」 43권 1호, 한국사회복지정책학회, 2016년, 56쪽.

42) 송재환, 고용보험 수혜여부의 영향요인에 관한 분석 : 실업급여 신청과 수급을 중심으로, 서울대학교 행정학 석사학위논문, 2013년, 42쪽.

2000년 37.6%로 가장 낮은 수준을 기록한 후 2003년 이후 점차 상승하여 글로벌 금융위기 당시인 2009년 54.3%로 정점을 기록한 후 2014년까지 하향 추세이다⁴³⁾.

결국 실업급여 수급자는 전체 실업자는 물론 수급자격자의 절반에도 못 미치는 것으로, 우리나라의 실업급여수급률은 덴마크, 독일, 영국 등 대부분의 EU 국가들보다 낮은 편이다⁴⁴⁾. 그 이유로는, 전체 취업자에서 피보험자가 차지하는 비중이 낮은 점, 수급자격 요건, 특히 이직사유(자발적-비자발적)에 의한 수급자격의 인정이 매우 엄격한 점, 정당한 사유가 없는 자발적 이직자나 징계해고자에 대해 일정한 유예기간을 두고 급여를 지급하는 외국의 경우와 달리 수급자격을 완전히 박탈하는 점, 실업급여의 수급기간이 짧고, 연령 및 피보험기간에 따라 실업급여의 수급기간이 설정되어 있어 평균적인 소정급여일수가 외국에 비해 짧아 통계상 수급률이 상대적으로 낮을 수밖에 없는 점 등을 들 수 있다⁴⁵⁾.

반면, 2010년부터 2015년까지 실업인정율(실업급여 신청자 수 대비 실업급여 인정자 수)은 매년 99%를 상회하고 있다⁴⁶⁾. 이는 실업의 인정 과정에서 부적격자에 대한 스크린이 거의 이루어지지 못하고 있음을 의미하는데, 실업인정 업무를 담당하는 직원의 수가 한정되어 있어 실질적

43) 이대창, 한국의 구직급여수급률 결정요인 분석, 「노동경제논집」 39권 1호, 한국노동경제학회, 2016년, 9쪽.

44) 한국노동연구원, 실업급여 수혜율과 실업급여의 소득대체율 각국 비교, 「노동리뷰」, 2008년, 90쪽.

45) 방하남·남재욱, 앞의 글, 73쪽.

46) 고용노동부, 온라인 실업인정 확대에 따른 부정행위 관리 및 제재 합리화 방안, 2016년, 8쪽.

[표 2-3] 실업급여 신청자수 및 인정자수 변화

*(명,%)	2010	2011	2012	2013	2014	2015
실업급여 신청자수	978,575	906,423	901,589	921,678	974,149	955,184
실업급여 인정자수	973,026 (99.4)	902,362 (99.6)	898,054 (99.6)	918,421 (99.6)	969,836 (99.6)	949,699 (99.4)

인 심사를 하는 것이 현실적으로 불가능하다고 할 것이다⁴⁷⁾. 실제 실업자 1,792명을 대상으로 한 위 연구⁴⁸⁾에서도, 실업급여 신청자 230명 중 225명이 실업급여를 지급받아, 실업급여 신청 대비 수급률은 매우 높은 수준이라는 사실이 다시 한 번 확인되었다.

나. 검토

실업급여 제도의 도입 이후 현재까지 실업급여 지급액의 증가는 실업급여 제도의 확대에 따른 것으로 평가할 수 있으나, 실업급여수급률이 여전히 낮은 주된 이유는 근본적으로 현행 실업급여의 수급요건이 매우 엄격하기 때문이다.

예를 들어, 단순 노무직 근로자나 시간제 근로자는 그 직업의 특성상 이직일 이전 18개월간 피보험 단위기간이 통산하여 180일 이상이어야 한다는 가장 기본적인 수급요건조차 충족하기 어렵다. 일용근로자에게 요구되는 ‘신청일 이전 1개월간 근무일수가 10일 미만’이어야 한다는 요건에 대해서도, 대부분의 근로자가 일용근로자인 건설현장의 월평균 근로일수가 21.1일, 일이 상대적으로 적은 겨울 및 여름에도 17일 내지 18일인 점에 비추어, 위 요건을 충족하지 못하여 실업급여를 받지 못하는 일용근로자가 존재할 가능성이 높다⁴⁹⁾.

또한 이직사유에 의한 제한, 즉 자발적 이직인 경우 원칙적으로 수급자격을 인정하지 않고, 예외적으로만 인정하되 그 경우에도 예외에 해당하는 사유를 근로자에게 입증하도록 하고 있는 점도 사실상 실업급여를

47) 고용노동부, 앞의 온라인 실업인정 확대에 따른 부정행위 관리 및 제재 합리화 방안, 9쪽.

48) 송재환, 앞의 논문, 40쪽 내지 51쪽.

49) 방하남·김진욱·이성균·심규범·정연택·박혁, 일용근로자 실업급여 수급실태와 제도개선 과제 : 건설업을 중심으로, 한국노동연구원, 2008년, 61쪽.

필요로 함에 있어서는 비자발적 이직자들과 차이가 없는 실업자들을 보호하지 못한다.

결국 고용안정성이 취약하여 실업에 처할 위험이 높고, 실업에 처했을 때 실업급여를 보다 절실히 필요로 하는 근로자들일수록 현행 실업급여의 수급요건을 충족하기가 어려운 것으로, 실제 실업자 1,792명을 대상으로 한 위 연구에서도 단순 노무직 근로자, 시간제 임금근로자, 퇴직금을 받지 못한 근로자 등 노동시장에서의 고용 안정성이 취약한 계층들은 고용보험에 가입했음에도 불구하고 실제 직업을 잃었을 때 고용보험의 혜택을 받을 확률이 그렇지 않은 이들보다 낮다는 사실이 확인되었다⁵⁰⁾. 실업급여 제도가 그 취지에 맞게 운영되려면 실업의 위험에 노출될 가능성이 많은 저소득, 비정규직 근로자들이 우선 수혜자가 되어야 할 것이나 우리나라는 거꾸로 경제, 사회적으로 안정적인 근로자들이 주로 그 혜택을 받고 있는 것이다⁵¹⁾.

한편, 전체 실업자가 아닌 구직급여 수급자격자 중 구직급여수급자의 비율 또한 50%가 되지 못하는 것은 일차적으로 수급자격자가 신청을 하지 않았기 때문인데, 위와 같이 엄격한 수급요건을 충족하여 구직급여를 받을 수 있는 요건을 갖춘 실업자가 왜 구직급여를 신청하지 않았는지 그 이유를 검토할 필요가 있다.

2008년에 발표된 실업급여를 수급한 경험이 없는 건설 일용근로자 716명에 대한 설문조사 결과⁵²⁾, 위 근로자들 중 26.1%는 ‘실업급여 제도가 있는지 잘 몰라서’, 17.6%는 ‘신청자격이 없다고 판단되어서’, 12%는 ‘실업급여 신청을 위한 방법과 절차가 너무 복잡해서’ 실업급여를 신청

50) 송재환, 앞의 논문, 57쪽 내지 61쪽.

51) 노정휘·조규식, 실업급여제도의 운영 과정상 문제점과 개선방안, 「한양법학」 제23권, 한양법학회, 2012년, 589쪽.

52) 방하남·김진옥·이성균·심규범·정연택·박혁, 앞의 책, 60쪽.

하지 않았다고 대답하였다. 위 설문조사 결과가 약 10년 전 것임을 감안하면, 실업급여 제도의 존재를 몰라서 신청하지 못하는 경우는 감소하였을 가능성이 있다. 그러나 근로자들이 스스로 수급자격이 없다고 판단하여 신청하지 못한 것은 근로자들이 느끼는 실업급여의 수급요건이 엄격하기 때문으로, 현재까지 실업급여의 수급요건에 변화가 없다는 점을 고려할 때, 이러한 경우는 여전히 발생할 가능성이 높다고 할 것이다.

미국에서도 실업보험(Unemployment Insurance, UI)의 수급률이 1950년대 평균 49%에서 점차 감소하여 1984년에는 28.5%까지 기록하였다가 이후 30%대를 유지하는 등 수급률이 낮은 이유에 대해서, 1990년 및 1993년에 각 실업자들을 대상으로 설문조사를 실시한 후 그 결과를 분석하였다. 그 결과 수급요건이 엄격할수록 실업자들이 스스로 자신은 자격이 되지 않는다고 생각하여 실업보험을 신청하지 않는 것이 실업보험수급률 감소의 주된 이유로 분석되었다. 즉 실업자들이 인지하는(perceived) 수급자격과 실제(true) 수급자격 사이에 불일치가 존재한다는 것이다. 위 설문조사에서 실업자들이 생각하는 자격미달의 이유 중 약 절반은 ‘일한 시간이 적다’였고, 약 30%는 ‘자발적으로 일을 그만뒀다’는 것이었다⁵³⁾.

요컨대, 신청에 의한 지급이라는 실업급여 제도의 특성 상 신청 자체가 수급요건의 충족 못지않게 실업급여의 수급에 있어서 중요한 부분인바, 수급요건의 엄격함이 수급권자들로 하여금 자신의 수급자격에 대하여 잘못 판단하게 하여 신청조차 하지 못하는 경우가 많은 것으로 보인다.

반면 낮은 실업급여수급률과 달리 100%에 가까운 실업인정율⁵⁴⁾

53) Wandner, A. & Stettner, Andrew, Why are many jobless workers not applying for benefits?, Monthly Labor Review, Vol.123(6), 2000년, 21쪽 내지 32쪽.

54) 다만, 미국의 경우 실업보험의 신청율과 수급률 사이에는 다소 차이가 있었다. 예를 들어, 신청율이 34%일 때 수급률은 24%로, 실업인정율은 약 70%였다. Wandner, A. & Stettner, Andrew, 앞의 글, 24쪽. Table 2

은 실업의 인정 과정에서 실업급여 수급요건에 대한 심사가 실질적으로 이루어지지 못하고 있음을 의미한다. 현재 실업인정 제도는 구직활동에 대한 입증책임을 온전히 수급자에게 부여하고, 인력 부족 등 사유로 이에 대한 확인은 거의 이루어지지 않고 있어, 수급자는 실업인정을 ‘재취업을 돕는 서비스’로 생각하기보다는 규제로 인식하여, 결과적으로 수급자의 형식적인 구직활동을 유도하는 결과를 초래하고 있다⁵⁵⁾.

이는 실업급여의 부정수급 문제와도 연결된다. 즉 실업의 인정 과정에서 실질적 심사가 이루어지지 못함을 빌미로 부정수급이 발생⁵⁶⁾할 가능성이 있는 한편, 현실적으로 발생하는 부정수급이 모두 신청자의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’에 의한 것이 아니라, 담당 직원이 충분한 심사를 했다면 실업급여가 지급되지 않았을 경우임에도 인력 부족 등에 따른 착오 내지 실수로 지급된 경우까지 포함하고 있을 가능성 또한 있다고 할 것이다.

결국 현행 실업급여의 수급요건은 매우 엄격하여 상대적으로 실업급여를 더 필요로 하는 근로자를 모두 포섭하지 못하고 있고, 실제로는 수급요건을 갖추었으나 수급요건의 엄격함 및 실업급여 신청 절차의 복잡함으로 인해 신청 자체를 포기하는 경우까지 포함하면 실업급여 제도가 실업자의 생존권 보호 및 재취업 촉진이라는 목적에 맞게 충실히 운용되고 있다고 보기 어렵다. 반면, 일단 신청만 하면 대부분 실업급여를 수급

Unemployment insurance application and recipiency rates by age, sex, and reasons forCharacteristic Application Rate Recipiency Rate.

55) 이상은, 실업인정과 실업급여 수급자 재취업촉진 개선방안 - 서울고용센터의 운영실태를 중심으로 -, 「직업과고용서비스」 제7권 제1호, 직업과고용서비스 연구학회, 2012년, 59쪽.

56) 대전지방법원 2014. 7. 25. 선고 2013고단4746 등 판결(사기, 고용보험법위반죄 등)의 범죄사실에 ‘실업급여 신청 시 수급자격에 대한 심사가 형식적으로 이루어진다는 점을 이용하여’라는 문구가 등장하는 것도 이러한 측면에서 이해할 수 있다.

하는 현실은 실업의 인정 과정에서 실질적인 수급자격의 심사가 이루어지지 못하고 있음을 의미하고, 이는 어떤 의미로든 - 부정수급을 조장하든, 부정수급으로 매도되든 - 부정수급 문제를 유발한다고 할 것이다.

III. 실업급여 부정수급

1. 부정수급의 의의

일반적으로 사회보험 제도에서의 부정수급은 사회보험 급여의 수급권자가 수급권 이상으로 과도한 급여를 수급하거나 수급권이 없음에도 급여를 청구하여 수급한 경우⁵⁷⁾라고 할 수 있고, 수급자격이 없다는 사실 자체에 주목하여 어떠한 의도를 포함하지 않는 중립적 개념인 ‘부적격수급’이라는 용어를 사용하기도 하나⁵⁸⁾, 본 논문에서는 고용보험법의 규정에 따라 실업급여 부정수급을 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로’ 실업급여를 받는 것으로 정의한다(고용보험법 제61조, 제62조, 제116조 제2항).

구체적인 실업급여 부정수급의 행위에 대해서는 고용노동부예규 제95호 ‘실업급여 부정수급 방지 및 조사업무 처리규정’(2015. 9. 25. 개정, 시행)에서는 구체적 부정수급 행위의 유형을 예시하고 있다⁵⁹⁾.

고용보험법은 실업급여 뿐만 아니라 고용안정·직업능력개발 사업의

57) 이윤진, 고용보험 부정수급 사례 분석 : 고용보험 재심사 사례를 중심으로, 「사회보장연구」 제32권 제2호, 한국사회보장학회, 2016년, 169쪽

58) 조상민, 국민기초생활보장제도 서비스전달 누수현상의 모니터링 체계에 관한 연구 - 미국 공공부조 모니터링 시스템의 비교를 중심으로 -, 서울대학교 행정학 석사학위 논문, 2009년, 69쪽. 다만, 이 논문에서는 ‘부정수급’이나 ‘부적격수급’이라는 용어 대신에 ‘서비스 누수’ 내지 ‘누수현상’이라는 용어를 사용하고 있으나, 위 ‘서비스누수’ 내지 ‘누수현상’이 기존의 ‘부정수급’이나 ‘부적격수급’을 대체하는 용어인지, 아니면 새로운 의미를 갖고 있는 용어인지에 대한 명확한 개념 정의가 되어 있지 않은 것으로 보인다.

59) 실업급여 부정수급 방지 및 조사업무 처리규정 제3조(부정수급행위) 법 제61조제1항 및 제68조제1항에 따른 부정수급에 해당하는 행위(이하 "부정수급행위"라 한다)의 유형은 별표 1과 같다. 다만, 별표 1의 부정수급행위 유형에 포함되지 않은 행위라도 부정수급행위로 볼 수 있다.

[별표 1] 부정수급행위 유형

지원금(제35조), 육아휴직 급여(제73조)에서도 동일한 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’이라는 요건을 규정하고 있고⁶⁰⁾, 고용보험법 외에도 산업재해보상보험법은 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 보험급여를 받은 경우 이를 부당이득으로 징수하고, 이에 대한 형사처벌도 규정하고 있다⁶¹⁾. 국민연금법 또한 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 급여를 받은 사람에

구 분	유 형
1. 수급자격신청	① 이직확인서 등의 위조, 변조 등 부정사용 ② 피보험자격취득 및 상실의 허위신고(위장고용을 포함한다) ③ 급여기초임금일액산정의 기초가 되는 임금액의 과다기재 ④ 이직사유의 허위기재 및 진술(위장해고를 포함한다) ⑤ 기준기간 연장사유의 허위기재 ⑥ 허위의 실업신고 ⑦ 각종 증명서 및 확인서 등의 위조 또는 허위기재 ⑧ 그 밖에 부정한 방법으로 수급자격을 인정받거나 받으려 한 경우
2. 실업인정	① 취업한 사실을 은닉한 채 계속 실업인정을 받는 경우 ② 자신의 근로에 의한 소득의 미신고 및 허위신고 ③ 구직활동 여부의 허위신고 ④ 확정된 취직 또는 자영업의 개시사실을 미신고한 경우 ⑤ 법령의 규정에 위반하여 대리인에 의해 실업인정을 받은 경우 ⑥ 허위의 증명서 등을 제출하여 실업인정을 받은 경우 ⑦ 실업인정일 변경사유의 허위신고 ⑧ 수급자격증의 부정사용 ⑨ 그 밖에 부정한 방법으로 실업인정을 받거나 받으려 한 경우
3. 기타	① 취업촉진수당 수급을 위한 각종 허위신고 ② 상병급여 수급을 위한 각종 허위신고 ③ 미지급구직급여의 수급을 위한 각종 허위신고 ④ 구직급여 연장사유의 허위신고 ⑤ 수급기간 연장사유의 허위신고 ⑥ 그 밖에 위에 준하는 경우로서 부정수급행위가 객관적으로 인정되는 경우

60) 다만, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 고용안정·직업능력개발 사업의 지원금을 받은 사업주에 대해서는 고용보험법 상 벌칙 규정이 존재하지 않는다는 점에서 실업급여 및 육아휴직 급여와 차이가 있다.

61) 산업재해보상보험법 제84조(부당이득의 징수) ①공단은 보험급여를 받은 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 급여액에 해당하는 금액(제1호의 경우에는 그 급여액의 2배에 해당하는 금액)을 징수하여야 한다. 이 경우 공단이 제90조제2항에 따라 국민건강보험공단등에 청구하여 받은 금액은 징수할 금액에서 제외한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받은 경우

대한 환수조치 및 벌칙을 규정하고 있고⁶²⁾, 국민건강보험법은 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’으로 보험급여를 받은 사람 등으로부터 이를 부당이득으로 징수하고, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 받게 한 사람에 대한 형사처벌을 규정하고 있다⁶³⁾. 그 외에도 국민기초생활보장법⁶⁴⁾, 근로자직업능력개발법⁶⁵⁾, 영유아보육법⁶⁶⁾에 서로 동일하거나 유사한 문언의 요건을 두고 있다.

위 각 법률이 규정하는 ‘거짓’이란 진실에 반하는 것, 즉 악의 또는 고의로 사실이 아님을 알면서도 진실에 반하여 사실과 다르게 행하는 것을 의미하고, ‘그 밖의 부정한 방법’은 ‘거짓’까지는 아니더라도 수급권자

62) 국민연금법 제57조(급여의 환수) ①공단은 급여를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 금액(이하 "환수금"이라 한다)을 환수하여야 한다. 다만, 공단은 환수금이 대통령령으로 정하는 금액 미만인 경우에는 환수하지 아니한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 급여를 받은 경우

63) 국민건강보험법 제57조(부당이득의 징수) ①공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.

제115조(벌칙) ③다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

5. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 자

64) 국민기초생활보장법 제46조(비용의 징수) ②속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 급여를 받거나 타인으로 하여금 급여를 받게 한 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 그 비용의 전부 또는 일부를 그 급여를 받은 사람 또는 급여를 받게 한 자(이하 "부정수급자"라 한다)로부터 징수할 수 있다.

65) 근로자직업능력개발법 제16조(직업능력개발훈련의 위탁 등) ②제1항에 따라 직업능력개발훈련을 위탁한 자는 이를 위탁받은 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 시정을 요구하거나 위탁계약을 해지할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제2호에 해당하는 경우에는 위탁계약을 해지하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 위탁을 받은 경우

2. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 훈련비용을 받았거나 받으려고 한 경우

66) 영유아보육법 제54조(벌칙) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받거나 보조금을 유용한 자

가 보험급여를 지급하는 것이 정의 관념 상 상당하지 않은 방법을 의미하는 것⁶⁷⁾으로 볼 수 있고, 규정의 형식 상 ‘부정한 방법’은 일반규정으로, ‘거짓’은 부정한 방법의 예시로 볼 수 있다⁶⁸⁾.

대법원은 고용보험법 상 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’의 의의에 대해서, ‘일반적으로 지급자격 없는 사람이 지급자격을 가장하거나 취업사실 또는 소득의 발생사실 등을 감추는 일체의 부정행위를 말하는 것’이라고 판시(대법원 2003. 9. 23. 선고 2002두7494 판결)⁶⁹⁾하였고, 근로자직업능력개발법 상 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’에 대해서는 ‘일반적으로 훈련비용을 지급받을 자격이 없는 사람이 그 자격이 있는 것처럼 꾸미거나 그 자격 없는 사실을 감추려는 사회통념상 옳지 못한 모든 행위로서 훈련비용 지급에 관한 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 적극적 및 소극적 행위’라고 판시(대법원 2013. 6. 13. 선고 2011두7175 판결)하였고, 영유아보육법 상 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’에 대해서는 ‘정상적인 절차에 의하여는 보조금을 지급받을 수 없음에도 위계 기타 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위로서 보조금 교부에 관한 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 적극적 및 소극적 행위’라고 판시(대법원 2016. 12. 29. 선고

67) 신상민, 직업능력개발훈련지원금 부정수급 규정의 위헌성 - 행정법원과 헌법재판소 판례를 중심으로 -, 「법학논총」 제21편 제1호, 조선대학교법학연구원, 2014년, 232쪽 내지 233쪽.

68) 김동욱, 「근로자직업능력개발법」 상 부정행위의 요건인 ‘거짓 그 밖의 부정한 방법’의 의미 - 대법원 2013. 6. 13. 선고 2010두24722 판결 -, 「노동법학」 제47호, 2013년, 261쪽.

69) 위 판결은 구 고용보험법(1999. 12. 31. 법률 제6099호로 개정되기 이전의 것) 상 ‘허위 기타 부정한 방법’이라고 규정된 조문을 대상으로 한 것이나, 2007. 5. 11. 전부 개정 및 시행된 구 고용보험법(법률 제8429호)이 전부 개정 이유 중 하나로 ‘법적 간결성·합축성과 조화를 이루는 범위에서, 법 문장의 표기를 한글화하고 어려운 용어를 쉬운 우리말로 풀어쓰며 복잡한 문장은 체계를 정리하여 쉽고 간결하게 다듬어서 일반 국민이 법 문장을 쉽게 읽고 이해할 수 있도록 하려는 것임’을 명시하면서 기존의 ‘허위 기타 부정한 방법’을 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 개정하였는바, ‘허위 기타 부정한 방법’과 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’은 그 의미가 동일한 것으로 판단된다.

2015도3394 판결)하였다.

위 판례들의 판시 내용 및 많은 법률들이 이와 같거나 유사한 요건의 조항을 두고 있는 사실을 함께 고려하면, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’은 고용보험법에서만 특수한 의미를 갖는 요건이 아니라, 사회통념상 부정이라고 인정되는 일체의 부정행위라는 매우 넓은 개념으로 이해된다. 이러한 넓은 개념에 대해서는 구체적인 사실관계 및 해당 법률 또는 해당 조항의 특수한 목적과 기능을 고려하여 그 의미가 구체화되어야 할 것이다. 예를 들어, 고용보험법의 경우 제61조(부정행위에 따른 급여의 지급 제한), 제62조(반환명령 등), 제116조(벌칙) 제2항에서 각 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’이라는 동일한 문언의 요건이 규정되어 있는바, 위 각 조항은 실업급여의 지급 제한, 반환 및 추가 징수 처분, 형사처벌 등 서로 다른 법적 효과를 예정하고 있으므로, 각각의 경우 구체적인 사실관계 하에서 위 요건의 해당 여부는 개별적으로 판단되어야 할 것이다.

2. 부정수급의 현황과 유형

실업급여의 지급이 확대되면서 이를 부정수급하는 사례도 함께 증가하였는바⁷⁰⁾, 2015년 기준 실업급여 부정수급자는 전체수급자의 1.7%를 차지하고 있고, 부정수급액은 148억원에 이르고 있다. 2013년 이래 부정수급 현황에 의하면 부정수급자의 비율은 비교적 일정하나 부정수급액은 지속적으로 증가하고 있음을 알 수 있다⁷¹⁾.

70) 이러한 현실을 근거로 2016. 11. 15. 더불어민주당 김철민 의원 등 11명이 정확한 통계에 근거한 부정수급 방지대책을 수립하여 부정수급이 발생하지 않도록 하기 위해 ‘고용노동부장관은 매년 실업급여 부정수급 실태를 조사하고 그 결과를 공표하여야 한다.’는 조항을 신설하자는 내용의 고용보험법 일부개정법률안을 발의하여 현재 계류중이다.

71) 전형진, 실업급여 부정수급 방지대책 평가 및 개선방향, 국회입법조사처,

한편, 실업급여에 관한 처분에 이의가 있는 사람은 고용보험심사관에게 심사를 청구할 수 있고, 그 결정에 이의가 있는 사람은 고용보험심사위원회에 재심사를 청구할 수 있는바(제87조), 2016년의 경우 총 1,143건이 심사 청구되었는데 내용 별로 부정수급에 관한 청구가 504건(44.1%)으로 가장 많은 비율을 차지하였고, 이는 전년도인 2015년 총 906건의 심사 청구 중 부정수급에 관한 청구가 276건이었던 데 비하여, 총 건수로는 26.2%, 부정수급에 관한 청구 건수로는 82.6% 증가한 것이다. 재심사 청구는 총 148건으로 그 중 부정수급에 관한 재심사 청구가 72건(48.6%)으로 역시 가장 많은 비율을 차지하였는데, 전년도인 2015년 총 152건 중 부정수급에 관한 건은 65건이었다⁷²⁾.

위 통계에 의하면 부정수급이 증가함에 따라 행정기관의 부정수급 판단에 대하여 수급권자가 이의를 제기하는 경우 또한 증가했음을 알 수 있는데, 이는 부정수급과 관련하여 실업급여 제도와 수급권자의 인식 사이에 충돌이 있음을 의미한다⁷³⁾. 즉 행정기관은 부정수급이라고 판단하였으나 수급권자는 정당하게 실업급여를 지급받았다고 생각하는 것으로, 이러한 충돌의 원인이 주로 수급권자의 무지, 고의, 과실 등 귀책사유 때문인지, 아니면 행정기관의 실수 때문인지, 또는 실업급여 또는 부정수급 요건의 해석과 관련된 문제인지는 실제로 발생하는 부정수급의 유형과 함께

2016년, 2쪽.

[표 1] 최근 3년간 실업급여 부정수급 현황 (단위 : 백만 원, 명, %)

구분	실업급여		부정수급자		부정수급액	
	수급자(A)	지급액(B)	수급자(C)	C/A	금액(D)	D/B
2013	1,209,587	3,881,921	21,735	1.8	11,725	0.3
2014	1,252,677	4,156,135	22,108	1.8	13,092	0.3
2015	1,272,470	4,547,337	21,493	1.7	14,806	0.3

72) 고용노동부, 앞의 2017년판 고용보험 백서, 275쪽 내지 279쪽.

73) 이윤진, 앞의 글, 167쪽.

검토할 필요가 있다. 부정수급의 유형화는 구체적인 부정수급 사례들에 대하여 여러 제재들 중 어느 것이 적절할지, 특히 형사처벌과 관련하여 관여자의 범위, 부정수급의 방법 및 규모 등에 따라 부정수급의 불법성에 차이가 있다는 점에 관하여도 일정한 시사점을 줄 수 있다.

먼저 부정수급을 그 행위 별로 분류하면, 2014년 및 2015년 상반기 중 발생한 부정수급자 32,945명을 대상으로 그 행위 별로 분석한 결과, 취업사실을 누락한 경우가 81.2%로 대부분이고, 소득미신고가 6.8%로 나타났다⁷⁴⁾.

둘째, 부정수급에 관여한 행위자가 누구인지에 따라 개인형 부정수급과 연대형 부정수급으로 구별할 수 있는데, 개인형 부정수급은 수급권자 단독으로 행해지거나 생계형으로 이루어지는 경우로 대부분 그 규모가 크지 않은 데 비하여, 연대형 부정수급은 수급권자가 사업주, 브로커 등과 공모하여 조직적으로 행해지는 경우로서 그 규모가 커 실업급여의 건전성을 크게 훼손한다는 점에서 문제가 크다고 할 수 있다. 연대형 부정수급의 주된 행위로는 고용주와 다수의 수급권자가 공모하는 행위, 사업주와 협력, 입점 업체간 관계를 악용한 구조적 행위, 유령법인 등 특정 사업장을 기반으로 한 대규모 행위, 서류 위·변조 및 수급권자의 명의 도용 행위, 브로커가 개입한 조직적 행위 등이 있다. 개인형 부정수급은 그 발생 수에 있어서 큰 변화가 없는 반면, 연대형 부정수급은 2011년 이후 매년 증가하는 경향을 보이고 있다⁷⁵⁾.

74) 연구책임자 김유근, 부정수급 사례·유형별 프로파일링 및 기획조사 활용방안 등 마련, 한국형사정책연구원, 2015년, 42쪽.

75) 고용노동부, 앞의 온라인 실업인정 확대에 따른 부정행위 관리 및 제재 합리화 방안, 12쪽 내지 13쪽. 다만, 이 보고서에서는 연대형 부정수급에 대하여 ‘사업주 연대형’이라고 지칭하나, 사업주가 아닌 브로커 등과 공모하는 경우도 있으므로 이를 포함하기 위해 ‘연대형’ 부정수급이라고 한다.

[표 2-8] 실업급여 부정수급 행위자 유형별 적발 현황

셋째, 시대별로 살펴보면, 고용보험 제도의 도입 후 1999년까지는 단순 과실로 인한 오기나 취업의 미신고, 제도의 내용에 대한 부지로 인한 부정수급이 대다수를 차지하였다. 2000년대 중반(2000년 내지 2006년)에도 제도를 악용하기보다는 단순히 실업급여의 요건을 충족하지 못했음에도 급여를 수령한 경우가 대부분이나, 취업 여부에 관한 해석에 있어서, 취업 상태는 실질적인 수입의 유무에 따라 판단해야 한다는 수급권자와 수입의 유무를 불문하여 무보수이거나 수습교육 중인 상태를 취업으로 판단한 행정기관 사이의 갈등이 심화되었다. 2000년대 후반(2007년 내지 2009년)에는 실업급여 수급요건을 단순히 미충족한 것이 아닌 고의로 허위 신고 내지 허위 기재한 경우가 증가하였고, 사업주와 공모하거나 부정수급을 알선한 브로커가 등장하였다. 2010년 이후 특징으로는 근로형태의 다변화로 인한 취업여부의 판단이라는 새로운 쟁점의 부각, 행정기관의 실수로 인한 부정수급의 지속적 발생, 추가 징수 처분에 대한 수급권자의 지속적인 반발을 들 수 있다⁷⁶⁾.

3. 부정수급에 대한 제재

가. 지급 제한, 반환 및 추가징수

	부정수급 행위자유형	
	개인형	사업주 연대형
2011	26,744	556
2012	20,285	661
2013	20,846	889
2014	21,260	847
2015	20,263	1,191

76) 이윤진, 앞의 글, 176쪽 내지 185쪽. 이 글에서는 1996년부터 2014년까지 고용보험심사위원회에 부정수급을 이유로 재심사가 청구된 사례 153건을 분석하였다.

고용보험법은 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 실업급여를 받았거나 받으려 한 사람에게는 그 급여를 받은 날 또는 받으려 한 날부터의 구직급여를 지급하지 않고, 지급받은 구직급여의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있고, 이에 추가하여 그 지급받은 구직급여액에 상당하는 액수 이하의 금액을 징수할 수 있다. 추가징수액의 상한은 지급받은 구직급여액의 100%로 일정한 요건에 해당하는 경우에는 추가징수액을 감경하거나 추가징수를 면제할 수 있다⁷⁷⁾.

이러한 지급 제한 등은 보험가입자의 비난가능한 행위에 대한

77) 제61조(부정행위에 따른 급여의 지급 제한) ①거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 실업급여를 받았거나 받으려 한 자에게는 그 급여를 받은 날 또는 받으려 한 날부터의 구직급여를 지급하지 아니한다. 다만, 그 급여와 관련된 이직 이후에 새로 수급자격을 취득한 경우 그 새로운 수급자격에 따른 구직급여에 대하여는 그러하지 아니하다.

제62조(반환명령 등) ①직업안정기관의 장은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 구직급여를 지급받은 자에게 지급받은 전체 구직급여의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있고, 이에 추가하여 고용노동부령으로 정하는 기준에 따라 그 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지급받은 구직급여액에 상당하는 액수 이하의 금액을 징수할 수 있다.

고용보험법시행규칙 제105조(부정행위에 따른 추가징수 등) ①법 제62조제1항에 따른 추가징수액은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법에 따라 지급받은 구직급여액의 100분의 100으로 하되, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 거짓이나 그 밖의 부정한 방법에 따라 지급받은 구직급여액에 다음 각 호의 구분에 따른 비율을 곱한 금액으로 한다.

1. 최종 이직 당시 일용근로자였던 사람으로서 법 제40조제1항제5호에 따른 근로일수를 3일 이내로 초과한 경우: 100분의 30
2. 제1호에 해당하지 않는 경우로서 부정행위 조사에 성실히 응하고, 부정수급액의 즉시 납부를 서면으로 약속한 경우: 100분의 60

②제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 추가징수를 면제할 수 있다.

1. 부정행위자 본인이나 사업장에 대한 조사 전까지 부정행위를 자진 신고한 사람
2. 영 제80조 각 호의 어느 하나의 사유에 해당하는 사람(1회의 부정행위로 한정한다)
3. 직업안정기관의 장이 생계가 현저히 곤란하다고 인정하는 사람

제재의 성격을 갖는데⁷⁸⁾, 그 중 반환 명령은 1차적 입법취지가 부정수급자에 대한 제재보다는 부정수급자가 부당한 방법으로 얻은 재산적 이익을 환수함으로써 불공평을 시정하고 보험 재정을 보호하기 위한 것으로, 민법상 부당이득 반환 제도⁷⁹⁾와 그 취지를 같이 하는 것으로 볼 수 있다⁸⁰⁾. 다른 사회보험 법률인 국민건강보험법, 노인장기요양보험법, 산업재해보상보험법이 각 ‘부당이득의 징수’라는 제목 하에 부정수급된 급여액의 반환 또는 추가징수를 규정하고 있는 점을 고려하면, 실업급여 부정수급에 대한 반환 명령 또한 그 주된 취지는 부당이득 반환에 있는 것으로 보인다.

위와 같은 부당이득 반환 내지 제재 조치는 고용보험의 건실한 재정 운영을 위하여 부정수급을 예방하기 위하여 꼭 필요하다고 할 것이고⁸¹⁾, 그 주된 취지가 부당이득 반환인 반환 명령과 제재로서의 성격이 더 강한 추가징수 처분을 병과하는 것을 헌법상 과잉금지의 원칙이나 비례의 원칙에 반한다고 단정할 수도 없을 것이다.

다만, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법의 태양에 따라서는 행위에 비하여 제재가 너무 가혹한 경우가 있을 수 있으므로, 행위와 제재의 총량 사이에 적절한 비례관계를 유지할 필요는 있다. 현행 고용보험법령에 어느 정도 제재의 총량을 선택할 수 있는 재량의 여지를 두고는 있지만, 부정행위의 태양을 좀 더 세밀하고 구체적으로 유형화하고, 반환 및 추가징수의 범위도 좀 더 세분화할 필요가 있다⁸²⁾.

78) 전광석, 한국사회보장법론, 2014년, 247쪽.

79) 민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

80) 도재형, 앞의 글, 74쪽 ; 신상민, 앞의 글, 235쪽.

81) 정희선, 구 고용보험법 제35조 제1항 위헌결정에 관한 소고 : 헌법재판소 2013. 8. 29.자 2011헌바390 결정【구 고용보험법 제35조 제1항 위헌소헌】, 「사회보장법연구」 2014년 제3권 제2호, 서울대 사회보장법연구회, 2014년, 146쪽.

82) 고려대학교 산학협력단(책임연구원 박지순), 고용보험 법령체계 개선방안, 고

한편, 고용보험법은 사업주에 대한 고용안정·직업능력개발 사업 지원금 제도를 시행하면서 그 부정수급에 대한 제재를 규정하고 있고, 고용보험법이 아닌 다른 사회보험 법률들에서도 각 보험급여의 부정수급에 대하여 규율하고 있는바, 근로자의 실업급여 부정수급에 대한 제재가 고용보험법 상 사업주에 대한 제재나 다른 사회보험 법률 상 제재와 비교하여 그 내용이 과중한지 여부를 살펴본다.

(1) 고용보험법 상 고용안정·직업능력개발 사업 지원금과 비교

고용보험법은 고용안정·직업능력개발 사업 지원금을 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 이를 받았거나 받으려 한 사업주에 대하여 지원금의 지급 제한, 지급받은 지원금의 반환, 추가징수를 규정하고 있고, 추가징수는 일정한 요건에 따라 지급받은 지원금의 2배 내지 5배를 징수하고, 자진신고자는 추가징수를 면제할 수 있는바⁸³⁾, 실업급여의 부정수급에

용노동부, 2012년, 119쪽.

83) 제35조(부정행위에 따른 지원의 제한 등) ①고용노동부장관은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 장의 규정에 따른 고용안정·직업능력개발 사업의 지원을 받은 자 또는 받으려는 자에게는 해당 지원금 중 지급되지 아니한 금액 또는 지급받으려는 지원금을 지급하지 아니하고, 1년의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 지원금의 지급을 제한하며, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지원받은 금액을 반환하도록 명하여야 한다.

②고용노동부장관은 제1항에 따라 반환을 명하는 경우에는 이에 추가하여 고용노동부령으로 정하는 기준에 따라 그 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지급받은 금액의 5배 이하의 금액을 징수할 수 있다.

고용보험법 시행규칙 제78조(부정행위에 따른 추가징수 등) ①법 제35조제2항에 따른 추가징수액은 다음 각 호의 구분에 따른 금액으로 한다.

1. 부정행위 적발일 전 최근 5년 동안 거짓이나 부정한 방법으로 지급받거나 지급받으려고 신청하여 법 제35조제1항에 따라 고용노동부장관으로부터 지급제한 또는 반환명령을 받은 횟수가 없는 경우: 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지급받은 금액의 2배
2. 부정행위 적발일 전 최근 5년 동안 거짓이나 부정한 방법으로 지급받거나 지급받으려고 신청하여 법 제35조제1항에 따라 고용노동부장관으로부터

대한 지급 제한, 반환 및 추가징수의 내용이 고용안정·직업능력개발 사업 지원금의 부정수급에 대한 각각의 내용과 비교하여 더 과중한 것으로 보이지는 않는다.

다만, 고용안정·직업능력개발 사업 지원금의 부정수급에 대해서는 고용보험법 상 형사처벌 규정이 없다는 차이점이 있으나, 고용안정·직업능력개발 사업 지원금을 부정수급한 사업주는 보조금관리예관한법률 위반죄⁸⁴⁾ 및 형법 상 사기죄⁸⁵⁾로 처벌되고, 위 각 죄의 법정형이 실업급여 부정수급에 대한 고용보험법 상 벌칙 규정의 법정형보다 높다는 점에서, 고용보험법이 실업급여의 부정수급에 대해서만 벌칙 규정이 두고 있다는 점 때문에 실업급여 부정수급에 대한 제재의 내용이 더 과중하다고 보기는 어렵다.

이와 관련하여 대법원은 사업주가 직원 식당 등에 대한 보수 공사를 실시한 후 고용환경개선지원금 신청을 하면서 실제 공사대금보다 부풀려 신청한 사안에서 “구 보조금의예산및관리예관한법률(2011. 7. 25. 법률 제10898호 보조금관리예관한 법률로 개정되기 전의 것) 제40조의 ‘허위의 신청 기타 부정한 방법’이란 ‘정상적인 절차에 의해서는 보조금을

지급제한 또는 반환명령을 받은 횟수가 1회인 경우: 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지급받은 금액의 3배

3. 부정행위 적발일 전 최근 5년 동안 거짓이나 부정한 방법으로 지급받거나 지급받으려고 신청하여 법 제35조제1항에 따라 고용노동부장관으로부터 지급제한 또는 반환명령을 받은 횟수가 각각 또는 합하여 2회 이상인 경우: 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지급받은 금액의 5배

②부정행위자 본인이나 사업장에 대한 조사 전까지 거짓이나 그 밖의 부정행위를 자진 신고한 자에게는 제1항에 따른 추가징수를 하지 아니할 수 있다.

- 84) 보조금관리예관한법률 제40조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

1. 거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금이나 간접보조금을 교부받거나 지급받은 자 또는 그 사실을 알면서 보조금이나 간접보조금을 교부하거나 지급한 자

- 85) 법원은 양 죄의 관계를 상상적 경합으로 본다(대법원 2016. 11. 24. 선고 2016도8419 판결).

지급받을 수 없음에도 위계 기타 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위로서 보조금 교부에 관한 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 적극적 및 소극적 행위를 의미하고, “부정한 방법으로 보조금의 교부를 받은” 경우란 보조금의 교부대상이 되지 아니하는 사무 또는 사업에 대하여 보조금을 받거나 사업 등에 교부되어야 할 금액을 초과하여 보조금을 교부받는 것을 의미한다. 따라서 위와 같은 부정한 방법으로 사업 등에 교부되어야 할 금액을 초과하여 교부받은 보조금의 금액이, 신청내용 중 진실한 보조사업에 대응하는 액수와 비록 보조금교부신청을 하지 아니하였으나 이를 신청하였더라면 보조사업으로 인정받아 지급받았을 것으로 보이는 사업에 대한 보조금을 합한 금액 이내이더라도, 신청하지 않은 사업부분은 보조사업자의 보조금교부신청 및 행정청의 보조금교부결정 대상에 포함되지 않은 것이어서 문제 된 보조금의 신청 및 교부와는 관련이 없으므로, 위와 같은 사정은 본죄의 성립에 영향을 미치지 못한다.”라고 판시(대법원 2016. 11. 24. 선고 2016도8419 판결)함으로써, 보조금관리에관한법률의 ‘거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법’의 의의를 앞서 검토한 고용보험법 등 다른 법률의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’과 같이 판단하고 있다.

(2) 다른 사회보험 법률들과 비교

고용보험법 외에 다른 사회보험 관련 법률에서도 부정수급에 관한 규정을 두고 있는데, 국민건강보험법은 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’으로 보험급여를 받은 사람 등에 대해서는 그 전부 또는 일부를 부당이득으로 징수한다⁸⁶⁾. 노인장기요양보험법은 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방

86) 국민건강보험법 제53조(급여의 제한) ①공단은 보험급여를 받을 수 있는 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 보험급여를 하지 아니한다.

1. 고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위에 그 원인이 있거나 고의로 사고를

법'으로 장기요양인정을 받은 경우 등에는 장기요양급여를 중단하거나 지급하지 않고⁸⁷⁾, 국민연금법은 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법'으로 급여를 받은 사람에 대해서는 그 급여를 환수하고⁸⁸⁾, 산업재해보상보험법은 '거짓

일으킨 경우

2. 고의 또는 중대한 과실로 공단이나 요양기관의 요양에 관한 지시에 따르지 아니한 경우
 3. 고의 또는 중대한 과실로 제55조에 따른 문서와 그 밖의 물건의 제출을 거부하거나 질문 또는 진단을 기피한 경우
 4. 업무 또는 공무로 생긴 질병·부상·재해로 다른 법령에 따른 보험급여나 보상(報償) 또는 보상(補償)을 받게 되는 경우
제57조(부당이득의 징수) ① 공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.
제115조(벌칙) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
 5. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받거나 타인으로 하여금 보험급여를 받게 한 자
- 87) 노인장기요양보험법 제29조(장기요양급여의 제한) ①공단은 장기요양급여를 받고 있거나 받을 수 있는 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 장기요양급여를 중단하거나 제공하지 아니하게 하여야 한다.
1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 장기요양인정을 받은 경우
 2. 고의로 사고를 발생하도록 하거나 본인의 위법행위에 기인하여 장기요양인정을 받은 경우
제43조(부당이득의 징수) ①공단은 장기요양급여를 받은 자 또는 장기요양급여비용을 받은 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그 장기요양급여 또는 장기요양급여비용에 상당하는 금액을 징수한다.
 3. 제37조제1항제4호·제3항제4호에 따른 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 재가 및 시설 급여비용을 청구하여 이를 지급받은 경우
제67조(벌칙) ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
 2. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 장기요양급여를 받거나 다른 사람으로 하여금 장기요양급여를 받게 한 자
- 88) 국민연금법 제57조(급여의 환수) ①공단은 급여를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 금액(이하 "환수금"이라 한다)을 환수하여야 한다. 다만, 공단은 환수금이 대통령령으로 정하는 금액 미만인 경우에는 환수하지 아니한다.
1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 급여를 받은 경우
제82조(급여의 제한) ①가입자 또는 가입자였던 자가 고의로 질병·부상 또는 그 원인이 되는 사고를 일으켜 그로 인하여 장애를 입은 경우에는 그 장애를 지급 사유로 하는 장애연금을 지급하지 아니할 수 있다.

이나 그 밖의 부정한 방법'으로 보험급여를 받은 경우 지급받은 급여액의 2배를 부당이득으로 징수한다⁸⁹⁾. 이상 살펴본 모든 법률은 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법'으로 급여를 받은 사람에 대한 형사처벌 규정을 두고 있다.

산업재해보상보험법을 제외한 다른 사회보험 법률들은 추가징수에 관한 규정을 두고 있지 않다는 점 등을 근거로 고용보험법의 부정수급에 대한 제재의 수준이 다른 사회보험 법률에 비하여 상대적으로 높다고 평가하는 견해⁹⁰⁾도 있다.

-
- 제86조(지급의 정지 등) ①수급권자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 급여의 전부 또는 일부의 지급을 정지할 수 있다.
1. 수급권자가 정당한 사유 없이 제122조제1항에 따른 공단의 서류, 그 밖의 자료 제출 요구에 응하지 아니한 때
 2. 장애연금 또는 유족연금의 수급권자가 정당한 사유 없이 제120조에 따른 공단의 진단 요구 또는 확인에 응하지 아니한 때
 3. 장애연금 수급권자가 고의나 중대한 과실로 요양 지시에 따르지 아니하거나 정당한 사유 없이 요양 지시에 따르지 아니하여 회복을 방해한 때
 4. 수급권자가 정당한 사유 없이 제121조제1항에 따른 신고를 하지 아니한 때
- 제128조(벌칙) ①거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 급여를 받은 자는 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
- 89) 산업재해보상보험법 제83조(보험급여 지급의 제한) ①공단은 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당되면 보험급여의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있다.
1. 요양 중인 근로자가 정당한 사유 없이 요양에 관한 지시를 위반하여 부상·질병 또는 장애 상태를 악화시키거나 치유를 방해한 경우
 2. 장애보상연금 또는 진폐보상연금 수급권자가 제59조에 따른 장애등급 또는 진폐장애등급 재판정 전에 자해(自害) 등 고의로 장애 상태를 악화시킨 경우
- 제84조(부당이득의 징수) ①공단은 보험급여를 받은 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 급여액에 해당하는 금액(제1호의 경우에는 그 급여액의 2배에 해당하는 금액)을 징수하여야 한다. 이 경우 공단이 제90조제2항에 따라 국민건강보험공단등에 청구하여 받은 금액은 징수할 금액에서 제외한다.
1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받은 경우
- 제127조(벌칙) ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받은 자
- 90) 이윤진, 앞의 글, 170쪽. 다만, 이 글에서는 장기요양보험법은 비교 대상으로 포함

그러나 실업급여 부정수급에 대한 추가징수액의 상한이 산업재해보상보험법과 같고, 일정한 경우 감면이 가능한 점, 지급제한 및 반환의 경우는 문언 상으로도 다른 법률의 규정과 큰 차이가 없는 점, 각 사회보험 법률 상 급여 제한의 사유는 각 보험 제도의 목적, 요건 및 운용 형태에 따라 차이⁹¹⁾가 있고, 그 중 일부는 보험가입자의 비난가능한 행위에 대한 제재의 성격이 아니라 과잉 사회보장을 방지하기 위한 ‘조정’으로서의 성격을 갖는 것인 점⁹²⁾ 등을 고려할 때 각 법률의 요건을 단순 비교하기는 어려운 점 등에 비추어, 고용보험법 상 실업급여 부정수급에 대한 제재가 다른 사회보험 법률 상 보험급여의 부정수급에 대한 제재보다 특별히 더 과중하다고 보이지는 않는다.

나. 형사처벌

고용보험법은 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 실업급여 등을 받은 사람에 대하여 1년 이하의 징역 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정(제116조 제2항)함으로써 부정수급에 대한 형사처벌을 예정하고 있다. 부정수급은 또한 형법 상 사기죄로도 처벌되고 있다.

다. 부정수급에 대한 제재 현황

하지 않았다.

- 91) 예를 들어, 산업재해보상보험은 원칙적으로 사업주가 내는 보험료로 운용된다. 산업재해보상보험법 제4조(보험료), 보험료징수법 제5조(보험가입자), 제13조(보험료) 참조.
- 92) 전광석, 앞의 책, 247쪽에서는 국민건강보험법 제53조를 예로 들면서, 보험급여의 제한과 조정을 분리하여 규율해야 하므로, 이에 대한 입법적 개선이 필요하다 하였다.

부정수급에 대한 제재 중 가장 많은 비중을 차지하는 것은 추가징수로서, 전체 제재 중 추가징수가 차지하는 비율이 2011년 56.6%였다가 2014년에는 63.7%까지 높아졌으나 2015년에는 다시 58.7%로 약간 감소하였다. 그 중에서도 부정수급액의 100% 추가징수는 전체적으로 감소하는 추세인 반면, 일부인 60% 또는 30%를 추가징수하는 경우가 증가하고 있다. 자진신고를 이유로 추가징수를 면제해주는 경우는 점차 감소하고 있다.

그 다음으로는 고용보험법 제62조 제2항⁹³⁾에 따른 반환에 대한 수급권자와 사업주의 연대책임이 있는데, 이 비율은 매년 조금씩 증가하고 있다. 이는 부정수급의 유형 중 ‘연대형 부정수급’이 증가하면서 부정수급의 규모도 커지는 현상에 따른 것이라 볼 수 있다.

마지막으로 형사처벌을 위한 형사고발은 그 비중은 많지 않으나 매년 증가하는 경향으로, 2013년 이후로는 거의 2배 증가한 것으로 나타났다⁹⁴⁾.

93) 제62조(반환명령 등) ②제1항의 경우에 거짓이나 그 밖의 부정한 방법이 사업주(사업주의 대리인·사용인, 그 밖의 종업원을 포함한다)의 거짓된 신고·보고 또는 증명으로 인한 것이면 그 사업주도 그 구직급여를 지급받은 자와 연대(連帶)하여 책임을 진다.

94) 고용노동부, 앞의 온라인 실업인정 확대에 따른 부정행위 관리 및 제재 합리화 방안, 16쪽 내지 17쪽.

[표 12] 실업급여 부정수급자에 대한 제재유형별 현황

*건수(비율)		2011	2012	2013	2014	2015
연대책임		556(2.0)	661(3.2)	889(4.1)	847(3.8)	1,191(5.6)
형사고발		301(1.1)	303(1.4)	280(1.3)	511(2.3)	980(4.6)
추가 징수	100%	7,458	3,646	3,692	3,768	4,100
	60%	484	1,509	1,574	2,003	2,542
	30%	76	132	105	114	150
	자진신고면제	3,432	2,456	2,512	2,110	1,992
	생계곤란면제	7	24	20	15	18
	소계	15,443(56.6)	13,179(62.9)	13,832(63.6)	14,076(63.7)	12,603(58.7)

IV. 실업급여 부정수급에 대한 형사처벌

1. 논의의 전제 - 형사처벌의 필요성 문제

실업급여 제도가 확대됨에 따라 부정수급도 증가하면서, 부정수급의 액수가 증가하고 그 수법 또한 지능화, 다양화⁹⁵⁾되고, 특히 사업주, 브로커 등과 공모한 조직적, 대규모의 부정수급이 증가하고 있다.

이와 함께 부정수급으로 인하여 정당한 수급권자가 피해를 볼 수 있고, 재정 누수로 인하여 고용보험 제도가 제대로 운용되지 못하는 정책적 결함이 발생할 수 있다는 문제의식 또한 증가하였다. 이러한 문제의식의 확산은 최근 3년간 국회의 국정감사에서 반복적으로 지적된 사실⁹⁶⁾, 정부 및 수사기관에서 부정수급에 대한 단속 및 수사 강화를 천명하는 사실⁹⁷⁾, 각 분야의 부정수급 관련 문제를 보도하는 뉴스 내지 기사가 다수 존재하는 사실⁹⁸⁾ 등에서 확인할 수 있다.

그 원인이 무엇이든 - 실업급여가 이른바 ‘눈먼 돈’이라는 인식⁹⁹⁾

95) 전형진, 실업급여 부정수급 방지대책 평가 및 개선방향, 국회입법조사처, 2016년, 2쪽.

96) 전형진, 앞의 글, 1쪽. 여기서 최근 3년은 2013년 내지 2015년을 지칭한다.

97) 부정수급사범 수사 매뉴얼, 대검찰청, 2015년, 제5쪽 ; 더 간깐하게 더 강력하게! 고용부·경찰청, 실업급여 부정수급 뿌리 뽑는다. - 2월 1일 ~ 10월 31일까지 9개월 동안 고강도 합동 단속, 고용노동부·경찰청 보도자료, 2016년.

98) 실업급여 부정수급 병폐 ‘특별단속’, 제주도민일보, 2017년 9월 12일 (<http://www.jejudomin.co.kr/news/articleView.html?idxno=91106>)
국고보조금 부정수급 시각장애인 형제 등 15명 적발, 세계일보, 2017년 9월 5일(<http://www.segye.com/newsView/20170905002663>)
“북한이탈주민 지원금 부정수급 ‘필요적 몰수’ 합헌”, 세계일보, 2017년 9월 1일(<http://www.segye.com/newsView/20170905002663>)
‘의료급여 90억 부정수급’ 장학재단 이사장 실형 선고, 파이낸셜뉴스, 2017년 8월 26일(<http://www.fnnews.com/news/201708261256030847>)
위 각 사이트는 2017. 9. 12. 방문.

때문이든, 경기 침체나 고용의 불안정성 증가 등으로 인해 경제적으로 어려워진 근로자들이 많아졌기 때문이든 - 보험 재정의 누수가 발생하여 결국 다른 보험가입자에게 피해를 끼치게 된다는 점에서¹⁰⁰⁾ 부정수급에 대한 적절한 제재는 필요하다고 할 것이다.

그러나 부정수급에 대한 적절한 제재의 필요성이 논리적으로 부정수급에 대한 형사처벌의 필요성으로 바로 연결된다고 보기는 어렵다.

먼저 실업급여와 같은 사회보험은 역사적으로 사적인 연대가 제도화된 형태로 사회적 위험에 대한 집단적인 해결책으로서 사회연대의 원리가 구현된 결과라는 점¹⁰¹⁾, 고용보험법을 비롯한 사회보장법은 실업 등 개인이 스스로 극복하는데 한계가 있는 사회적 위험을 공적 급여체제로 구성하여 보호하는 것이므로, 자유를 실현하기 위하여 필요한 실질적 조건을 보장하는 목적을 가지며, 사회보장법이 개인의 자유를 희생하는 대가로 보장을 제공해서는 안된다는 점¹⁰²⁾ 등을 고려할 때, 부정수급에 대하여 본질적으로 개인의 책임을 전제로 하는 법익의 박탈¹⁰³⁾인 형벌을 부과하는 것이 적절한 것인지에 대한 근본적인 의문이 제기될 수 있다.

그러나 고용보험법은 제정 당시부터 부정수급에 대한 형사처벌을 규정하였는바, 우리 사회가 실업급여라는 제도가 무엇인지 이해하거나 부정수급에 관한 가치관이나 태도에 관한 사회적 합의가 형성되기도 전에 먼저, 부정수급을 새로운 범죄로 창설함으로써, 부정수급의 범죄성 인식에

99) 선종수, “국가보조금 부정수급에 대한 형법적 고찰”, 「부산대학교 법학연구」, 제57권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2016년, 129쪽 ; 김성은, 보조금범죄의 현황과 효과적 통제방안 : 형법적 규제를 중심으로, 「형사정책연구」 제24권 제1호, 2013년, 252쪽.

100) 홍정식, 산재보험 부정수급 식별모형에 관한 연구, 서울산업대학교 IT정책전문대학원 석사학위 논문, 2008년, 1쪽.

101) 장승혁, 사회보험법과 사회연대 원리, 서울대학교 법학 박사학위논문, 2017년, 154쪽.

102) 이흥재·전광석·박지순, 앞의 책, 368쪽.

103) 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 2015년, 557쪽.

있어서 국가와 수급자 사이에 간극이 존재할 수밖에 없다. 국가가 새로운 제도와 행위 규범을 창설하면서 그 이행을 강제하기 위하여 이를 위반하는 행위를 범죄로 규정한다는 측면에서, 부정수급에 대한 형사처벌은 전통적 의미에서의 범죄와 처벌에 관한 문제라기보다는 오히려 정치와 정책에 관한 문제로 보이기도 한다.

또한 고용보험법은 부정수급에 대하여 형사처벌 외에도 지급제한, 반환 및 추가징수를 규정하고 있는바, 하나의 법 위반행위에 대해 행정 제재와 형벌을 동시에 부과하는 것이 이중처벌은 아니라고 하더라도 결국 국가에 의한 제재라는 점에서는 공통적이므로 제재의 총합이 법 위반행위에 비하여 지나치게 과잉된 것은 아닌지의 측면에서도 검토¹⁰⁴⁾할 필요가 있다.

그리고 부정수급에 대하여 실제로 부과되는 제재 중 가장 많은 비중을 차지하고 있는 것은 추가징수인바, 형사처벌이 비록 증가하는 추세라고는 해도 아직까지는 그 비중이 적은 편이다. 더욱이 실업급여의 수급요건이 엄격하여 이를 충족하지 못하거나 수급요건의 엄격함으로 인하여 미리 자신은 수급자격이 없다고 잘못 판단하여 신청조차 하지 않는 등의 이유로 실업급여수급률이 낮은 현실을 고려하면, 대부분의 근로자들에게는 실업 상태에서 실업급여를 받지 못한다는 사실 자체가 상당한 고통인 점에 비추어 지급제한, 반환 및 추가징수와 같은 비형벌적 제재만으로도 사실상 충분한 제재 효과를 거둘 수 있을 것으로 보이는 점에서, 부정수급에 대한 제재로서의 형벌이 실제적 효용성 내지 필요성 측면에서 가치가 있는 것인지도 확신하기 어렵다.

특히 형벌을 포함한 부정수급에 대한 제재 중 어느 것이 가장 효과

104) 노호창, 육아휴직급여에 대한 법적 쟁점의 검토, 서울대노동법연구회, 2017. 9. 19. 발표문, 18쪽.

적인 제재인지를 판단하기 위해서는 과연 실업급여 부정수급이 왜 발생하는지 - 사회적 약자가 빈곤에 시달리다 어쩔 수 없이 저지르는 범행으로 보는지, 제도의 사각을 찌를 줄 아는 영리한 사익추구자의 행태로 보는지, 혹은 일상적으로 처한 환경적 요인으로 인해 부정수급 가능성에 ‘노출’되는지 등¹⁰⁵⁾ -, 부정수급의 원인에 관한 연구가 반드시 필요하다고 할 것인데, 현재 이에 대한 연구는 충분하지 않은 것으로 보인다¹⁰⁶⁾¹⁰⁷⁾.

그리고 최근 근로자 외 사업주, 브로커 등 제3자가 관여한 대규모의, 조직적인 부정수급이 증가하는 등 부정수급의 동기, 규모나 수준 등 측면에서 유형화가 가능한데, 제3자가 실업급여 제도의 취지와 상관없이 단지 불법적인 이익을 취하기 위하여 부정수급을 하는 경우를 형사처벌하는 경우는 별론으로 하더라도, 고용보험법 상 실업급여의 수급요건을 충족하지 못하는 근로자가 실업 기간 동안의 생계를 유지하기 위하여 일부 수급요건에 관하여 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’을 사용하여 실업급여를 수급한 경우까지 범죄화할 필요가 있는지에 대해서도 의문¹⁰⁸⁾이 있다.

105) 한익현, 사회서비스 부정수급에 관한 인식유형 분석 - Q방법론을 이용하여, 서울대학교 행정학 석사학위 논문, 2016년, 18쪽.

106) 예를 들어, 한익현, 앞의 논문 및 박미선, 미국 주택바우처 프로그램 부정수급 특성 및 시사점, 「주택연구」 제23권 제2호, 한국주택학회, 2015년에는 각 분야의 부정수급 원인에 관한 연구가 부족하다는 사실을 언급하였다.

107) 글로벌 컨설팅 기업인 Accenture가 2013. 10. 13. 발표한 보고서 ‘FRAUD, WASTE AND ABUSE IN SOCIAL SERVICES. Identifying and Overcoming this Modern-day Epidemic’에서는, 사회보장 시스템에서 부정수급이 발생하는 두 가지 주요 이유로 ‘신청자가 제출하는 자료에 의존하는 점’ 및 ‘사회보장 시스템의 복잡성’을 제시하였다. 다만, 이 보고서에서는 부정수급(fraud)이라는 용어를 좁은 의미의 부정수급(fraud), 낭비(waste), 남용(abuse), 과지급(overpayment), 실수(error) 등 관련된 많은 문제를 포괄하는 개념으로 사용하고 있음을 명시하였다.

(<https://www.accenture.com/us-en/insight-fraud-waste-abuse-social-services-summary>, 2017. 12. 3. 방문)

108) McKeever, Gráinne, Social Citizenship and Social Security Fraud in the UK and Australia, Social Policy & Administration, Vol.46 No.4, August 2012, p.478에서는 경미한 부정수급은 비범죄화해야 한다(What is

만약 위 근로자에게 헌법상 기본권인 ‘인간다운 생활을 할 권리’로부터 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 직접 도출되는 경우¹⁰⁹⁾라면, 이러한 권리의 실현이 결과적으로 실업급여의 부정수급으로 나타났을 때에도 이에 대하여 형사처벌을 한다면 이는 헌법상 기본권을 침해하는 결과를 초래할 수 있다. 더욱이 이러한 경우는 사회적 기본권의 수급권자의 ‘필요’에 대하여 더 높은 수준의 도덕적 의무를 부과하는 결과가 되어 또 다른 헌법상 기본권인 평등권의 측면에서도 문제가 될 수 있다.

한편, 부정수급에 대한 문제의식은 국가보조금¹¹⁰⁾, 국가장학금¹¹¹⁾, 국민기초생활보장법 상 급여¹¹²⁾, 산업재해보상보험법 상 급여¹¹³⁾ 등 다른 급여와 관련하여도 제기되고 있는바, 이는 부정수급 문제가 단지 실업급여 뿐만 아니라 모든 사회보장 급여 내지 공적 급여의 영역 전체와 관련된 것임을 나타낸다고 할 것이다.

결국 실업급여를 포함한 사회보장 영역에서의 부정수급에 대한 형사처벌의 필요성 내지 당위성 문제는 위와 같은 모든 문제에 관하여 충분히 검토한 후 신중하게 결론을 내려야 할 것으로 생각하나, 이에 대한 연

required, therefore, is a new policy framework within which low level fraud is decriminalized.)고 주장하고 있다. 그러나 이 논문에서는 ‘경미한(low level)’ 부정수급이 무엇인지, 이를 판단하는 요소나 형사처벌되어야 할 부정수급과 구별하는 기준에 대해서는 논의하지 않고 있다.

109) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정.

110) 박성민·이현정, 국가보조금사기에 대한 형법적 대응방안, 「외법논집」 제35권 제3호, 2011년, 180쪽.

111) 고의적인 국가장학금 부정수급, 뿌리 뽑는다 - 국가장학금 부정수급 할 경우, 국가장학금 지원 제한 등 제재 강화, 교육부 보도자료, 2016년 9월.

112) 조현주·허선, 국민기초생활보장제도의 부정수급에 관한 사례 연구, 「사회과학연구」 제16권 제1호, 2010년, 142쪽 ; 김상철·이미애, 한국형 공공부조 부정수급 방지모형 : 영국의 부정수급조사국(BFI) 경험을 중심으로, 「한국행정사학지」 제30호, 2012년, 274쪽.

113) 김장기·양정희, 산재보험 부정수급 방지 사업 연구 - 공단 내부인식도 조사를 중심으로 -, 근로복지공단 산재보험연구센터, 2013년, 65쪽.

구는 추후의 과제로 남겨놓고, 본 논문에서는 일단 현행법이 실업급여 부정수급을 처벌하는 방법이 부정수급에 관여한 주체, 부정수급의 규모 등 측면에서 유형화된 부정수급의 불법성에 상응하는 것인지의 문제에 대해서 중점적으로 논의하기로 한다.

다만, 추후의 연구를 위해서라도, 우리나라보다 먼저 실업급여 제도를 시행한 영국 등 외국에서는 부정수급 문제를 어떻게 규율하고 있는지를 참고할 필요가 있으므로, 이에 대하여 간단히 검토하기로 한다.

2. 외국의 입법례

부정수급은 우리나라 또는 특정 국가에서만 나타나는 현상이 아니라 사회보장 제도를 운영하는 곳이면 어디든지 유사하게 나타난다. 현재 선진국에서는 보편적 복지의 추세가 확대돼 가면서 부정수급의 통제에 더 많은 관심을 보이고 있는바¹¹⁴⁾, 우리나라보다 오래 실업급여 제도를 운영한 역사를 가진 영국, 미국 및 일본에서는 부정수급의 형사처벌 문제에 관하여 어떻게 규율하고 있는지 살펴본다.

가. 영국

영국은 1990년대 중반부터 실업급여(Jobseeker's Allowance, JSA) 등 사회보장급여의 부정수급 문제가 심각하다는 사회적 공감대가 형성되어 실업급여를 포함한 사회보장급여의 부정수급 방지를 주요 국정과제로 추진하면서 부정수급을 사전에 예방하고, 이를 적발 및 시정하고, 부

114) 책임연구자 오윤섭, 부정수급 및 사각지대 축소를 위한 사회보장 모니터링 : 사회서비스 분야를 중심으로, 한국보건사회연구원, 2016년, 10쪽 내지 11쪽.

정수급자를 처벌하고, 다른 사람들이 부정수급을 저지르지 못하도록 억제하는 등 5가지 통합적인 전략으로 부정수급 종합대책을 실행하고 있다¹¹⁵⁾. 즉 사회보장급여의 부정수급은 범죄이고, 가장 취약한 계층을 위해 사용되어야 할 국민의 세금을 도둑질한 것이라는 차원에서 접근하고 있다¹¹⁶⁾.

그 중 형사처벌과 관련하여, 실업급여(Jobseeker's Allowance, JSA) 등 사회보장급여의 부정수급은 사회보장관리법(Social Security Administration Act 1992, Social Security Administration Fraud Act 1997)¹¹⁷⁾에 의하여 규율된다.

사회보장관리법 및 실업급여법(Jobseekers Act 1995)에 의한 급여 등을 취할 목적으로 부정직하게(dishonestly) 허위 진술 또는 표현을 하거나, 허위 문서 또는 정보를 생산, 제공하거나, 다른 사람으로 하여금 허위 문서 또는 정보를 생산, 제공하게 하거나, 알려야 할 상황 변화를 통지하지 않거나, 다른 사람으로 하여금 그러한 상황 변화를 통지하지 않도록 하는 경우 등에는 최대 7년의 징역형 또는 벌금형(병과 가능)에 처할 수 있고(사회보장관리법 제111A조¹¹⁸⁾), 위 급여 등을 취할 목적으로 고의

115) 이상현, 영국의 사회복지급여 부정수급 방지 정책 동향, 한국고용정보원, 2014년, 37쪽, 40쪽 내지 47쪽 ; 국민권익위원회, 영국 복지부정청구 방지 제도, 2014년, 10쪽.

116) 한국노동연구원(연구책임자 유길상), 외국의 고용보험 부정수급 방지제도 연구, 노동부, 2008년, 24쪽 내지 27쪽.

117) 1992년에 기존의 사회보장 관련 법령들을 통합하여 사회보장관리법이 제정되었고, 1997년 개정(Social Security Administration Fraud Act 1997)으로 111A조 및 112조 (1A)항이 추가되었다.

(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/5/contents/enacted>, 2017. 9. 14. 방문, 이하 영국의 법령은 모두 같은 사이트에서 인용한 것이므로 매번 그 출처를 밝히지 않는다.)

118) 사회보장관리법 111A Dishonest representations for obtaining benefit etc

(1)If a person dishonestly—

(a)makes a false statement or representation;

로(knowingly) 허위 진술 또는 표현을 하거나, 허위의 문서 또는 정보를 생산, 제공하거나, 타인으로 하여금 허위 문서 또는 정보를 생산, 제공하게 하는 경우, 합리적 이유 없이(without reasonable excuse) 알려야 할 상황 변화를 통지하지 않거나 고의로 다른 사람으로 하여금 그러한 상황 변화를 통지하지 않도록 하는 경우 등에는 최대 3월의 징역형 또는 벌금형(병과 가능)에 처할 수 있다(사회보장관리법 제112조¹¹⁹⁾).

(b)produces or furnishes, or causes or allows to be produced or furnished, any document or information which is false in a material particular;

(c)fails to notify a change of circumstances which regulations under this Act require him to notify; or

(d)causes or allows another person to fail to notify a change of circumstances which such regulations require the other person to notify, with a view to obtaining any benefit or other payment or advantage under the social security legislation (whether for himself or for some other person), he shall be guilty of an offence.

(2)In this section “the social security legislation” means the Acts to which section 110 above applies and the [1995 c. 18.] Jobseekers Act 1995.

(3)A person guilty of an offence under this section shall be liable—

(a)on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months, or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both; or

(b)on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding seven years, or to a fine, or to both.

(4)In the application of this section to Scotland, in subsection (1) for “dishonestly” substitute “knowingly”

119) 사회보장관리법 112 False representations for obtaining benefit etc

(1)If a person for the purpose of obtaining any benefit or other payment under the legislation to which section 110 above applies whether for himself or some other person, or for any other purpose connected with that legislation—

(a)makes a statement or representation which he knows to be false; or

(b)produces or furnishes, or knowingly causes or knowingly allows to be produced or furnished, any document or information which he knows to be false in a material particular,he shall be guilty of

그 후 2012. 4.경 고용연금부(Department for Work and Pensions)의 기소과(Prosecutions Division)가 검찰(Crown Prosecution Service, CPS)로 통합되었고, 검찰은 2013. 9. 16. 사회보장급여 부정수급에 대한 강화된 구형 기준을 발표¹²⁰⁾하였는데, 주된 내용은 기존에 법정 최고형이 징역 7년인 사회보장관리법 제111A조를 적용해온 부정수급에 대하여 법정 최고형이 징역 10년인 사기방지법(Fraud Act 2006)¹²¹⁾을 적

an offence.

(1A)If a person without reasonable excuse—

(a)fails to notify a change of circumstances which regulations under this Act require him to notify; or

(b)knowingly causes or knowingly allows another person to fail to notify a change of circumstances which such regulations require the other person to notify, and he knows that he, or the other person, is required to notify the change of circumstances, he shall be guilty of an offence.”

(2)A person guilty of an offence under subsection (1) above shall be liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale, or to imprisonment for a term not exceeding 3 months, or to both.

120) “Director of Public Prosecutions sets out charging standards for benefit and tax credit fraud”

(http://www.cps.gov.uk/news/latest_news/director_of_public_prosecutions_sets_out_charging_standards_for_benefit_and_tax_credit_fraud, 2017. 9. 14. 방문)

121) 사기방지법 1조 Fraud (1) A person is guilty of fraud if he is in breach of any of the sections listed in subsection (2) (which provide for different ways of committing the offence).

(2) The sections are—

(a) section 2 (fraud by false representation),.

(b) section 3 (fraud by failing to disclose information), and

(c) section 4 (fraud by abuse of position).

(3) A person who is guilty of fraud is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or to both);

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years or to a fine (or to both)

2조 Fraud by false representation

용함으로써 부정수급에 대한 처벌을 강화한다는 것이다.

위 구형 기준¹²²⁾에 의하면, 어느 법을 적용하더라도 검찰은 행위자의 부정직함(dishonest)을 증명하여야 하나, 부정수급에 대하여 사기방지법이나 형법의 다른 조항이 더 적합한 경우가 아니면 일반적으로는 사회보장관리법 제111A조가 적용될 것¹²³⁾이고, 검사가 사기방지법으로 의율하여 기소할 경우에는 그 이유를 법원에 설명할 수 있어야 한다는 점을 명시하였다. 위 구형 기준에서 사기방지법이나 형법의 적용을 ‘대안 기소’(alternative charge)라고 지칭한 것 또한 이러한 측면에서 이해될 수 있을 것이다.

-
- (1) A person is in breach of this section if he—
 - (a) dishonestly makes a false representation, and
 - (b) intends, by making the representation—
 - (i) to make a gain for himself or another, or
 - (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.
 - (2) A representation is false if—
 - (a) it is untrue or misleading, and
 - (b) the person making it knows that it is, or might be, untrue or misleading.
 - (3) “Representation” means any representation as to fact or law, including a representation as to the state of mind of—
 - (a) the person making the representation, or
 - (b) any other person.
 - (4) A representation may be express or implied.
 - (5) For the purposes of this section a representation may be regarded as made if it (or anything implying it) is submitted in any form to any system or device designed to receive, convey or respond to communications (with or without human intervention)
- 122) CPS Charging Standard on Benefit Fraud and Tax Credit Fraud Cases.
(http://www.cps.gov.uk/legal/v_to_z/welfare_rural_and_health_cases, 2017. 9. 14. 방문)
- 123) “In most cases of benefit fraud, it will be usual to charge under section 111A SSAA1992 unless the facts of the case suggest that an alternative charge under the Fraud Act 2006 or other provision under the general criminal law is more appropriate.”, 앞의 CPS Charging Standard on Benefit Fraud and Tax Credit Fraud Cases.

나. 미국

미국은 1935년 뉴딜 정책으로 사회보장법(Social Security Act)을 제정하면서 처음 실업보험 제도를 도입하였다. 이는 대공황으로부터 미국을 탈출시키고자 했던 루스벨트 대통령의 뉴딜정책의 핵심적 요소들 중의 하나로, 자신에게 원인이 있는 것이 아닌 사유로 인해 비자발적으로 실직한 근로자에게 일시적으로 임금의 일부를 보상해 위한 순수보험형 실업보상제도로써 출발하여, 1937년까지 모든 주가 실업보험법을 갖게 되었다¹²⁴⁾.

미국은 각 주 별로 실업보험법을 제정하여 독립된 실업보험 제도를 운영하고 있어, 주별로 수급요건, 금액 등이 다른바¹²⁵⁾, 이하에서는 캘리포니아 주의 경우를 살펴본다.

캘리포니아 주의 실업보험 제도는 주로 실업보험법(Unemployment Insurance Code)의 제1부(Division 1. Unemployment and Disability Compensation) 중 제1파트(Part 1. Unemployment Compensation, 100조부터 2129조까지)에서 규율되고 있는바, 실업보험은 이 법에 의한 자격을 갖춘 사람에 대하여 실업기금(Unemployment Fund)에서 지급되고, 위 수급 자격에 대해서는 제5장(CHAPTER 5. Unemployment Compensation Benefits) 중 제1항(ARTICLE 1. Eligibility and Disqualifications, 1251조부터 1265.9조까지)에서 규정하고 있다. 실업기금의 주된 재원이 사업주의 부담(all employer contributions collected under this division)으로, 근로자의

124) 김소영, 적극적 노동시장정책을 위한 미국 실업보험제도의 변화와 시사점, 「노동정책연구」 제5권 제2호, 한국노동연구원, 2005년, 122쪽.

125) 한국노동연구원(연구책임자 유길상), 앞의 책, 4쪽.

부담이 없다는 점¹²⁶⁾에서 우리나라 실업급여 제도와의 차이가 있다.

한편, 미국은 1988년부터 One-stop Career Center를 통해 고용-학습-복지의 통합서비스를 원스톱으로 제공하면서 실업급여 뿐만 아니라 각종 사회보장급여의 수급권자에 대하여 적극적인 구직활동 노력을 강화하고 이를 지원하기 위하여 노력하고 있는데, 캘리포니아 주에는 실업급여 부정수급을 전담하는 별도의 부정수급단속사무소를 6개 두고 있는바, 그 이유가 One-stop Career Center에서는 고객을 위해 최선의 서비스를 제공하면서 부정수급이 의심되는 사람에 대해서는 독립된 별도의 기관이 전문적으로 담당하게 함으로써 부정수급을 엄격하게 단속하기 위해서라고 한다¹²⁷⁾.

실업보험법은 제10장(CHAPTER 10. Violations, 2101조부터 2129조까지)에서 위 법의 위반행위 및 그에 대한 형사처벌을 규정하면서,

126) 실업보험법 1521조 The Unemployment Fund is continued in existence as a special fund, separate and apart from all public money or funds of this state. This fund shall consist of (1) all employer contributions collected under this division; (2) interest earned upon any money in the fund; (3) any property or securities acquired through the use of money belonging to the fund; (4) all earnings of such property or securities; (5) all money credited to this state's account in the Unemployment Trust Fund pursuant to Section 903 of the Social Security Act, as amended; (6) all assessments collected pursuant to paragraph (1) of subdivision (b) of Section 1375.1; and (7) all other money received for the fund from any other source. All money in the fund shall be mingled and undivided. Notwithstanding Section 13340 of the Government Code, all money in the Unemployment Fund and in the various accounts of that fund, except any money deposited pursuant to Section 1528.5, is continuously appropriated for the purposes authorized in this article.
(http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=UIC&division=1.&title=&part=1.&chapter=1.&article=2, 2017. 9. 24. 방문, 이하에서 인용하는 미국 법령은 모두 같은 사이트에서 인용한 것이므로 매번 그 출처를 밝히지 않는다.)

127) 한국노동연구원(연구책임자 유길상), 앞의 책, 18쪽 내지 22쪽.

부정수급에 대하여 규율하고 있다. 누구든지 실업보험 등을 받거나 더 많은 금액을 받기 위해 또는 납부해야 할 금원을 줄이거나 안 내기 위해, 고의로(willfully) 허위의 진술 내지 표현을 하는 것, 고의로(knowingly)¹²⁸⁾ 중요한 사실을 알리지 않는 것, 가짜 이름이나 사회보장번호 등 가짜 신분을 사용하는 것은 위 법을 비롯한 연방정부의 실업보험법 등을 위반하는 것(2101조)¹²⁹⁾이다. 부정수급은 그 행위가 발견된 날로부터 4년 내에 기소되어(2125조)¹³⁰⁾, 1년 이하의 징역형 또는 2만 달러 이하의 벌금형(병과

128) ‘willfully’와 ‘knowingly’는 우리 말로는 모두 ‘고의로’라고 해석되는데, 실업보험법에서는 양 자의 개념을 정의하고 있지 않으나 캘리포니아 형법(Penal Code) 7조에서 양 자의 개념을 정의하고 있으므로 이에 따라 이해하면 될 것으로 보인다.

캘리포니아 형법 7조 (1) The word “willfully,” when applied to the intent with which an act is done or omitted, implies simply a purpose or willingness to commit the act, or make the omission referred to. It does not require any intent to violate law, or to injure another, or to acquire any advantage.

(5) The word “knowingly” imports only a knowledge that the facts exist which bring the act or omission within the provisions of this code. It does not require any knowledge of the unlawfulness of such act or omission.

129) 실업보험법 2101조 (a) It is a violation of this chapter to willfully make a false statement or representation, to knowingly fail to disclose a material fact, or to use a false name, false social security number, or other false identification to obtain, increase, reduce, or defeat any benefit or payment, whether for the maker or for any other person, under any of the following statutes administered by the department:

(1) The provisions of this division.

(2) The provisions of any unemployment insurance law of the federal government.

(3) The provisions of any training allowance law of the federal government.

(4) The provisions of any trade readjustment allowance law of the federal government.

(5) The provisions of any other allowance law of the federal government.

130) 실업보험법 2125조 Any action or prosecution under this chapter

가능)에 처해질 수 있다(2122조)¹³¹⁾.

이 경우 부정수급자는 법원의 재량에 따라 수사 및 기소를 위한 비용을 부담하게 될 수도 있다(2126조)¹³²⁾. 이는 피고인에게 일종의 소송 비용을 부담하게 하는 것으로, 부정수급에 대한 일종의 제재라고 볼 수 있다. 검사는 고용개발부(Employment and Development Department)의 동의 하에 위 법 위반자에 대한 처벌에 관하여 타협을 할 수 있는바(2127조 전단¹³³⁾), 우리 법은 이와 같은 타협, 소위 ‘플리바기닝’을 허용하지 않으나, 기소유에 제도가 이와 유사한 기능을 하고 있다고 볼 수 있다.

한편, 위 법에 의한 부담금을 회피하거나 적게 내기 위하여 허위 진술 내지 표현을 하거나 알면서 중요한 사실을 알리지 않도록 알선, 자문, 강요하거나 도와주는 사람도 처벌하고 있는바¹³⁴⁾, 이는 실업보험의

shall be instituted within four years after the discovery of the offense.

131) 실업보험법 2122조 Except as provided in Sections 2117, 2117.5, 2118, and 2118.5, a violation of this chapter is punishable by imprisonment in the county jail not to exceed one year, or in the state prison, or by a fine of not more than twenty thousand dollars (\$20,000), or by both the fine and imprisonment, at the discretion of the court.

132) 실업보험법 2126조 Any person or employing unit convicted under this chapter may be charged the costs of investigation and prosecution at the discretion of the court.

133) 실업보험법 2127조 The prosecutor may, with the consent of the department, compromise any penalty for which he or she may bring an action under this chapter.

134) 실업보험법 2101.6조 (a) It is a violation of this chapter for any person to procure, counsel, advise, or coerce anyone to willfully make a false statement or representation, or to knowingly fail to disclose a material fact in order to lower or avoid any contribution or to avoid being or remaining subject to this division.

(b) It is a violation of this chapter for any person to willfully aid or assist anyone in making a false statement or representation, or in knowingly failing to disclose a material fact, in order to lower

당사자가 아닌 사람들도 일정한 경우 그 불법성을 명시적으로 규정하여 처벌하는 것으로, 부정수급과 관련하여 브로커 등 제3자의 개입에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 우리 고용보험법에 일정한 시사점을 준다고 할 것이다.

한편, 캘리포니아 형법은 재산에 대한 범죄 부분¹³⁵⁾에서 보험 재산 및 보험업자에 대한 범죄 규정을 따로 두고 있는바, 허위 또는 중요한 사실에 관하여 잘못된 정보가 포함되어 있다는 사실을 알면서 보험급여 등을 받기 위하여 서면 또는 구두 진술을 제시하거나 제시되도록 하거나, 그러한 목적으로 위와 같은 서면 또는 구두 진술을 준비 내지 만들거나, 수급권자의 보험수급권리 또는 그 액수에 영향을 미치는 사건을 은폐하거나 알면서 알리지 않은 사람이나 그 사람을 도와주거나 공모한 사람 {제550조 (b)항 (1)호 내지 (3호)}¹³⁶⁾에 대하여, 1170조 (h)항에 의한 2, 3,

or avoid any contribution, or to avoid being or remaining subject to this division.

135) 캘리포니아 형법의 체계 상, 제1부(PART 1. OF CRIMES AND PUNISHMENTS), 제13타이틀(TITLE 13. OF CRIMES AGAINST PROPERTY), 제10장(CHAPTER 10. Crimes Against Insured Property and Insurers)에 위치하고 있다. 한편, 캘리포니아 형법은 사기(Fraud)를 재산에 대한 범죄가 아니라 공공의 정의에 대한 범죄(Crimes against public justice)로 분류하고 있는 점에서 우리 형법의 체계와 다르다.

136) 캘리포니아 형법 550조 (b) It is unlawful to do, or to knowingly assist or conspire with any person to do, any of the following:

(1) Present or cause to be presented any written or oral statement as part of, or in support of or opposition to, a claim for payment or other benefit pursuant to an insurance policy, knowing that the statement contains any false or misleading information concerning any material fact.

(2) Prepare or make any written or oral statement that is intended to be presented to any insurer or any insurance claimant in connection with, or in support of or opposition to, any claim or payment or other benefit pursuant to an insurance policy, knowing that the statement contains any false or misleading information concerning any material fact.

(3) Conceal, or knowingly fail to disclose the occurrence of, an

5년의 징역형 또는 5만 달러 내지 사기 금액의 2배 중 더 많은 금액을 상한으로 한 벌금형(병과 가능), 1년 이하의 징역형 또는 만달러 이하의 벌금형(병과 가능)에 처해질 수 있다¹³⁷⁾.

다. 일본

일본의 실업급여 제도를 규율하는 기본적인 법은 고용보험법이다. 일본은 1947년 종전 후 인플레이션, 사회 경제적 불안으로 인해 심각해진 실업 문제에 대처하기 위해 실업보험법을 제정하였고, 1974년 실업보험법을 대체하는 고용보험법을 제정하였다. 실업보험법이 실업 시의 생활안정을 목적으로 하는 단순한 법률이었던 반면, 고용보험법은 실업의 예방과 고용상태의 시정 및 고용기회의 증대라는 보다 폭넓은 목적을 가지고 있다¹³⁸⁾.

일본은 부정수급자에 대하여 지급 제한, 반환 및 추가 징수를 한다는 점에서는 우리나라와 유사하다. 즉 정부는 부정수급자에 대하여 부정수급액의 전부 또는 일부의 반환 및 부정수급액의 2배에 상당하는 금액 이하의 금액을 납부하도록 명할 수 있고(일본 고용보험법 제10조의4 제1

event that affects any person's initial or continued right or entitlement to any insurance benefit or payment, or the amount of any benefit or payment to which the person is entitled.

137) 캘리포니아 형법 550조 (c) (3) Every person who violates paragraph (1), (2), (3), or (4) of subdivision (b) shall be punished by imprisonment pursuant to subdivision (h) of Section 1170 for two, three, or five years, or by a fine not exceeding fifty thousand dollars (\$50,000) or double the amount of the fraud, whichever is greater, or by both that imprisonment and fine, or by imprisonment in a county jail not to exceed one year, or by a fine of not more than ten thousand dollars (\$10,000), or by both that imprisonment and fine.

138) 윤문희, 일본의 실업급여법제, 한국법제연구원, 2016년, 5쪽 내지 7쪽.

항), 부정수급이 사업주 등이 허위의 신고나 보고 또는 증명으로 인한 때에는 위 사업주 등도 부정수급자와 연대하여 전항의 금액을 납부하도록 명할 수 있다(일본 고용보험법 제10조의4 제2항)¹³⁹⁾. 그리고 부정수급자에 대하여는 급여를 지급받거나 받고자 한 날 이후 기본수당을 지급하지 않는다(일본 고용보험법 제34조 제1항)¹⁴⁰⁾.

그러나 일본 고용보험법은 부정수급자를 형사처벌하는 규정을 두고 있지 않아, 부정수급자는 법정형이 징역 10년 이하인 형법 상 사기죄¹⁴¹⁾에 의하여 처벌된다. 또한 행정청은 고용보험법의 시행을 위해 필요

139) 일본 고용보험법 第十条の四 (返還命令等) 偽りその他不正の行為により失業等給付の支給を受けた者がある場合には、政府は、その者に対して、支給した失業等給付の全部又は一部を返還することを命ずることができ、また、厚生労働大臣の定める基準により、当該偽りその他不正の行為により支給を受けた失業等給付の額の二倍に相当する額以下の金額を納付することを命ずることができる。

2 前項の場合において、事業主、職業紹介事業者等(雇用対策法(昭和四十一年法律第百三十二号)第二条に規定する職業紹介機関又は業として職業安定法(昭和二十二年法律第百四十一号)第四条第四項に規定する職業指導(職業に就こうとする者の適性、職業経験その他の実情に応じて行うものに限る。))を行う者(公共職業安定所その他の職業安定機関を除く。))をいう。以下同じ。)又は指定教育訓練実施者(第六十条の二第一項に規定する厚生労働大臣が指定する教育訓練を行う者をいう。以下同じ。)が偽りの届出、報告又は証明をしたためその失業等給付が支給されたものであるときは、政府は、その事業主、職業紹介事業者等又は指定教育訓練実施者に対し、その失業等給付の支給を受けた者と連帯して、前項の規定による失業等給付の返還又は納付を命ぜられた金額の納付をすることを命ずることができる。(http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=349AC0000000116#D. 2017. 9. 25. 방문. 이하에서 인용하는 일본 법령은 모두 같은 사이트에서 인용한 것이므로 매번 그 출처를 밝히지 않는다.)

140) 일본 고용보험법 第三十四条 偽りその他不正の行為により求職者給付又は就職促進給付の支給を受け、又は受けようとした者には、これらの給付の支給を受け、又は受けようとした日以後、基本手当を支給しない。ただし、やむを得ない理由がある場合には、基本手当の全部又は一部を支給することができる。

141) 일본 형법 第二百四十六条 (詐欺) 人を欺いて財物を交付させた者は、十年以下の懲役に処する。

하다고 인정하는 때에는 그 직원으로 하여금 수급자 등을 고용하고 있던 사업주의 사업소 등에 가 질문하게 하거나 장부서류를 검사하게 할 수 있는바(일본 고용보험법 제79조 제1항)¹⁴²⁾, 사업주가 위 직원의 질문에 대하여 답변을 하지 않거나 허위진술을 하거나 위 조항에 따른 검사를 거부 방해 혹은 기피한 경우에는 6월 이하의 징역형 또는 30만엔 이하의 벌금형에 처한다(일본 고용보험법 제83조 제5호)¹⁴³⁾.

부정수급자에 대하여 형법을 적용하는 결과 벌금형 없이 10년 이하의 징역형에 처할 수 있고, 부정수급과 관련한 행정청의 검사를 방해한 사업주에 대해서도 형사처벌을 한다는 점에서, 부정수급에 대한 형사처벌과 관련하여 상당히 엄격한 제재라고 할 수 있다¹⁴⁴⁾.

3. 현행법 상 실업급여 부정수급에 대한 처벌

현재 실무상 실업급여 부정수급은 고용보험법 상 벌칙 조항에 의하

2 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

142) 일본 고용보험법 第七十九条 (立入検査) 行政庁は、この法律の施行のため必要があると認めるときは、当該職員に、被保険者、受給資格者等若しくは教育訓練給付対象者を雇用し、若しくは雇用していた事業主の事業所又は労働保険事務組合若しくは労働保険事務組合であつた団体の事務所に立ち入り、関係者に対して質問させ、又は帳簿書類 (その作成又は保存に代えて電磁的記録 (電子的方式、磁気的方式その他の他人の知覚によつては認識することができない方式で作られる記録であつて、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。) の作成又は保存がされている場合における当該電磁的記録を含む。) の検査をさせることができる。

143) 일본 고용보험법 第八十三条 事業主が次の各号のいずれかに該当するときは、六箇月以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。
五 第七十九条第一項の規定による当該職員の質問に対して答弁をせず、若しくは偽りの陳述をし、又は同項の規定による検査を拒み、妨げ、若しくは忌避した場合

144) 고용노동부, 앞의 온라인 실업인정 확대에 따른 부정행위 관리 및 제재 합리화 방안, 105쪽.

여 처벌하는 외에 형법 상 사기죄를 적용하고 있다. 실제로 많은 부정수급이 고용보험법위반죄 및 사기죄로 처벌되고 있고, 양자의 관계는 상상적경합 관계로 보고 있다.

그러나 고용보험법 상 부정수급에 대한 벌칙 조항을 두고 있음에도, 형법 상 사기죄를 함께 적용하여 처벌하는 것이 타당한지에 대해서는 양 죄의 관계 측면에서 살펴볼 필요가 있다.

이에 앞서 구체적인 사실에 법을 적용하기 위해서는 해당 법 조항의 의미를 명확히 밝혀야 하고, 형법이든 고용보험법이든 형벌을 부과하는 이상 형사법의 대원칙인 죄형법정주의가 적용되어야 하므로 법해석의 방법 및 죄형법정주의에 관하여 살펴본 후, 부정수급과 관련한 고용보험법위반죄, 사기죄의 각 구성요건, 고용보험법위반죄와 사기죄의 관계 등에 관하여 차례대로 검토한다.

가. 법해석의 방법 및 죄형법정주의

법의 해석이란 법규 내지 법조문이 가지고 있는 표준적인 의미 내용을 명확히 밝히는 작업으로, 법규를 문법적으로 분석하거나 어의적으로 검토하는 문리적 해석방법, 법률을 제정할 당시 입법자의 의도를 중시하는 역사적 해석방법, 법규나 법조문을 개별적으로 보지 않고 당해 법체계에서의 지위를 분석하는 논리적 해석방법, 당해 법규범이 실현하고자 하는 목적을 해석의 지침으로 삼는 합목적적 해석방법이 있다¹⁴⁵⁾. 법규나 법조문의 의미를 바르게 파악하려면 위 네 가지 해석방법이 모두 사용되어 조화를 이루어야 할 것이나, 그 중 문리적 해석방법은 법해석의 출발점이

145) 신동운, 앞의 책, 15쪽 내지 17쪽 ; 배종대, 앞의 책, 108쪽 내지 109쪽에서는 순서대로 문리해석, 역사적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석이라는 용어를 사용한다.

자 다른 해석방법에 대한 최후의 한계가 된다고 할 것이다. 어떤 해석도 문언의 일반적인 의미를 뛰어넘을 수는 없기 때문이다¹⁴⁶⁾.

헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항¹⁴⁷⁾에 근거를 둔 죄형법정주의는 국가형벌권의 확장과 자의적 행사로부터 시민의 자유를 보장하기 위한 형법의 최고원리이다. 죄형법정주의는 범죄와 형벌은 성문의 법률에 의하여 규정되어야 한다는 법률주의의 원칙, 범죄와 형벌은 행위시의 법률에 의하여 결정되어야 한다는 소급효금지의 원칙, 법관의 자의적인 해석을 방지하기 위하여 법률에 범죄와 형벌을 가능한 한 명확하게 규정하여야 한다는 명확성의 원칙, 법률 해석의 측면에서 법률에 규정이 없는 사항에 대하여 그것과 유사한 내용을 가지는 사항에 관한 법률을 적용하는 것을 금지하는 유추해석 금지의 원칙, 범죄와 형벌을 규정하는 법률의 내용이 헌법의 가치체계와 일치하는 적정한 내용이어야 한다는 적정성의 원칙으로 구성된다¹⁴⁸⁾.

실업급여 부정수급에 대한 형사처벌에 있어서도 법해석의 방법 및 죄형법정주의의 원칙이 적용되는 결과 엄격하게 해석되는 것이 당연하

146) 대법원은 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영) 사건(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4279 판결)에서, '형벌법규의 목적론적 해석도 해당 법률문언의 통상적인 의미 내에서만 가능한 것으로, 다른 사람의 신체 이미지가 담긴 영상도 위 규정의 '다른 사람의 신체'에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다'고 판시하였다.

147) 헌법 제12조 ①모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다. 제13조 ①모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

148) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 14쪽 내지 32쪽 ; 신동운, 앞의 책, 21쪽 내지 49쪽 ; 배종대, 앞의 책, 75쪽 내지 106쪽 ; 박상기, 앞의 책, 26쪽 내지 42쪽에서는 법률주의, 명확성의 원칙, 소급효금지의 원칙, 유추해석의 금지를 죄형법정주의의 형식적 내용으로, 과잉금지의 원칙을 죄형법정주의의 실질적 내용으로 분류한다.

다고 할 것이나, 대법원은 특히 육아휴직 중 해외 체류 등을 원인으로 한 육아휴직급여 제한 및 반환처분 등이 적법한지 여부가 다투어진 사건(대법원 2017. 8. 23. 선고 2015두51651 판결)에서 ‘육아휴직급여가 부정수급에 해당하는지는 엄격하게 해석·적용하여야 한다’라고 명시적으로 판시¹⁴⁹⁾하기도 하였다.

나. 고용보험법에 의한 처벌

고용보험법위반죄의 객관적 구성요건은 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 실업급여를 받는 것이고, 주관적 구성요건으로 객관적 구성요건사실 및 결과에 대한 인식 및 인용, 즉 고의가 필요하다.

149) “구 고용보험법(2014. 1. 21. 법률 제12323호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘고용보험법’이라 한다) 제73조 제3항 및 제74조 제1항, 제62조 제1항이 정하고 있는 육아휴직 급여의 지급 제한, 반환명령 및 추가징수 요건으로서 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’이란 육아휴직 급여를 지급받을 수 없음에도 지급받을 자격을 가장하거나 지급받을 자격이 없다는 점 등을 감추기 위하여 행하는 일체의 부정행위로서 육아휴직 급여 지급에 관한 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 적극적 및 소극적 행위를 뜻한다. 그런데 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 육아휴직 급여를 지급받는 자는 침익적 처분인 육아휴직 급여 지급 제한, 반환명령 및 추가징수의 대상이 될 뿐 아니라, 고용보험법 제116조 제2항에 따라 형사처벌의 대상이 되는 점, 고용보험법 제74조 제1항에서 제62조 제3항을 준용하여, 수급자격자 또는 수급자격이 있었던 자에게 ‘잘못 지급된’ 육아휴직 급여가 있으면 그 지급금액을 징수할 수 있도록 하는 별도의 반환명령에 관한 규정을 두고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 육아휴직 급여가 부정수급에 해당하는지는 엄격하게 해석·적용하여야 한다. 따라서 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 급여를 지급받은 경우’에 해당한다고 보기 위해서는 허위, 기만, 은폐 등 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위가 있어야 하고, 단순히 요건이 갖추어지지 아니하였음에도 급여를 수령한 경우까지 이에 해당한다고 볼 수는 없다. 그리고 육아휴직 중인 근로자가 관련 법령 및 행정관청에서 요구하는 육아휴직 급여 신청서 서식에 기재되어 있는 모든 사항을 사실대로 기재하고, 요청되는 제출서류도 모두 제대로 제출한 경우라면, 실질적인 육아휴직 급여 수급요건을 갖추지 못하였다고 하여 선불리 은폐 등 소극적 행위에 의한 부정수급에 해당한다고 인정할 수는 없다.”(대법원 2017. 8. 23. 선고 2015두51651 판결)

부정수급의 효과로서 지급 제한, 반환, 추가징수 및 형사처벌은 그 목적과 법적 성격이 다르므로, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’이라는 동일한 문언의 요건도 법해석의 방법에 따라 위 문언의 통상적 의미를 한계로 하되 각 조항의 성격, 기능 등을 고려하여 달리 해석해야 할 것이다. 예컨대, 그 본질이 부당이득 반환이라 할 수 있는 반환 조항과 달리 형사처벌 또는 제재의 성격이 강한 추가징수¹⁵⁰⁾ 조항에서는 좀 더 엄격하게 해석할 필요¹⁵¹⁾가 있다¹⁵²⁾.

(1) 객관적 구성요건 - ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’

150) 추가징수는 제재로서의 성격과 부당이득반환으로서의 성격을 함께 가지고 있다는 견해로, 신상민, 앞의 글, 237쪽.

151) 도재형, 앞의 글, 75쪽.

152) 대법원이 구 고용보험법 제48조 제1항 후단의 추가 징수 규정에 관하여 “여기서 ‘허위 기타 부정한 방법’이라고 함은 일반적으로 수급자격 없는 사람이 수급자격을 가장하거나 취업사실 또는 소득의 발생사실 등을 감추는 일체의 부정행위를 말하는 것으로서 명백한 근로소득이 있는 자가 구직급여를 받기 위하여 법이 정하는 소득의 신고를 하지 아니하는 행위도 이에 해당한다고 볼 것이고, 위 법규정의 체재와 문언에 비추어 그 전문에 의한 반환징수와 그 후문에 의한 추가징수의 요건을 달리 볼 것은 아니라 할 것이나, 한편 추가징수를 할 것인지의 여부를 행정청의 재량에 맡긴 취지와 더불어, 부정수급의 경우 부정행위의 형태, 방법, 정도 등이 매우 다양한 점, 추가징수는 허위 기타 부정한 방법으로 구직급여를 받은 자에 대한 징벌적인 처분인 점, 경미한 부정수급의 경우에도 부정수급된 보험급여의 반환 이외에 추가징수까지 하게 된다면 근로자의 생활 안정과 구직활동을 촉진하여 경제, 사회발전에 이바지한다는 고용보험법의 목적에 비추어 지나치게 가혹한 점, 통상적으로 부정수급된 보험급여의 반환만으로도 보험재정상의 손실은 회복될 수 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 추가징수권을 행사하는 것이 부정행위의 정도에 비하여 균형을 잃은 과중한 제재에 해당하여 비례의 원칙에 위반하거나, 또는 합리적 사유 없이 같은 정도의 부정행위에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준과 어긋나게 무거운 추가징수권을 행사함으로써 평등의 원칙에 위반한 경우 등에는, 재량권의 한계를 벗어난 추가징수처분으로서 위법하다고 할 것이다.”라고 판시(대법원 2003. 9. 5. 선고 2001두2270 판결)한 것도, 문리적 해석방법을 한계로 하되 논리적 내지 합목적적 해석방법을 적용한 것으로 보인다.

고용보험법은 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’이라는 동일한 문언의 요건을 벌칙 조항 뿐만 아니라 부정수급액의 반환, 지급 제한 및 추가징수 조항에서도 사용하고 있는바, 형벌을 부과하는 구성요건으로서의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’의 의의 자체는 다른 조항에서와 같다. 즉 ‘일반적으로 수급자격 없는 사람이 수급자격을 가장하거나 취업사실 또는 소득의 발생사실 등을 감추는 일체의 부정행위’를 의미한다.

법원은, 사업주가 근로자들이 퇴직할 경우 지급해야 할 퇴직금 부담을 덜기 위해 근로자들에게 퇴직금을 적게 받는 대신 허위로 퇴직사유를 신고하여 실업급여를 받게 해주겠다고 제안하여 자기 사정에 의하여 이직하는 근로자들이 마치 회사의 경영상 필요에 의한 인원감축으로 인하여 퇴직한 것처럼 허위 신고하는 방법으로 실업급여를 부정수급했다고 하여 고용보험법위반죄¹⁵³⁾ 및 사기죄로 기소된 사안에서, 고용보험법위반죄 부분에 대하여 “형사처벌의 전제가 되는 구 고용보험법 제116조 제2항의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’에 대한 해석을 함에 있어서도 구 고용보험법 제61조 제1항, 제62조 제1항이 들고 있는 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’과 달리 해석할 것은 아니고, 나아가 구 고용보험법 제116조 제2항 역시 실업급여 등을 실제로 교부받은 경우만을 처벌하는 내용이고 달리 같은 법에 그 미수죄를 규정하지 않고 있는 점, 앞서 본 실업급여 제도의 취지, 실업급여가 가지는 사회보장적 성격과 재산권적 성격, 실업급여의 재원이 되는 보험료의 납입의무자 등을 함께 고려하면, ‘부정한 방법으로 실업급여를 받은 경우’라 함은 실업급여 수급자격이 없는 자가 이를 수령하거나 지급받아야 할 금액을 초과하여 실업급여를 교부하는 것을 가리

153) 이 사안의 피고인들은 사업주 내지 회사 측 직원으로서 고용보험법 제116조 제2항의 주체인 ‘실업급여 등을 받은 자’에 해당하지 않으나, 실업급여 수급권자인 근로자들과 공모한 것으로 공소사실을 구성하여 고용보험법위반죄의 공범(형법 제30조 적용)으로 기소되었다.

킨다”라고 판시(인천지방법원 2014. 10. 24. 선고 2014노2850 판결)하였다.

위 인천지방법원 판결은 계속하여 고용보험법위반죄 부분에 관하여 ‘실업급여를 교부받음에 있어 다소 정당성이 결여된 것이라고 볼 여지가 있는 수단이 사용되었더라도 실업급여를 교부받아야 할 자격이 있는 자가 정당한 금액의 교부를 받은 경우는 여기에 해당하지 아니한다고 할 것이다’라고 판시하고, 사기죄 부분에 대해서는 ‘기망행위를 수단으로 한 권리행사의 경우 그 권리행사에 속하는 행위와 그 수단에 속하는 기망행위를 전체적으로 관찰하여 그와 같은 기망행위가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 있는 정도라면 그 권리행사에 속하는 행위는 사기죄를 구성하지 않는다고 할 것이다’라고 판시하면서 각 무죄를 선고한 1심 판결을 유지하고 이에 대한 검사의 항소를 기각하였다.

위 판결은 근로자들이 이직하게 된 구체적인 사실관계(예를 들어, 경리로서 업무처리가 미숙하여 사업주로부터 사직할 것을 권고받은 경우, 직장 상사와 갈등이 있었고 상사로부터 회사를 그만둘 것을 요구받은 경우, 회사의 이전으로 인하여 통근이 어려워 사직한 경우 등)를 확인한 후, 이러한 사정들이 구 고용보험법 제58조¹⁵⁴⁾에서 정한 수급자격이

154) 위 사안의 공소사실이 2011. 8. 9.경까지인 점에 비추어, 구 고용보험법(법률 제9999호, 2011. 2. 5. 시행)으로 보인다.

구 고용보험법 제58조(이직 사유에 따른 수급자격의 제한) 제40조에도 불구하고 피보험자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당한다고 직업안정기관의 장이 인정하는 경우에는 수급자격이 없는 것으로 본다.

1. 중대한 귀책사유(歸責事由)로 해고된 피보험자로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우

가. 「형법」 또는 직무와 관련된 법률을 위반하여 금고 이상의 형을 선고받은 경우

나. 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 기준에 해당하는 경우

다. 정당한 사유 없이 근로계약 또는 취업규칙 등을 위반하여 장기간 무단결근한 경우

2. 자기 사정으로 이직한 피보험자로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우

제한되는 경우에 해당하지 않으므로 위 근로자들은 실업급여의 수급자격이 있고, 비록 이러한 사정들이 신고된 사유인 ‘경영상 필요에 의한 인원감축’과 완전히 일치하지 않는다고 하더라도¹⁵⁵⁾ 이를 고용보험법 상 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’이라고 보기 어렵고, 사기죄의 기망행위라고 하더라도 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 있는 정도이므로, 고용보험법위반죄 및 사기죄가 각 성립하지 않는다는 구조를 취하고 있다.

위 판결은 그 구조에 비추어 볼 때 고용보험법위반죄의 구성요건으로 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’ 외에 별도로 ‘실업급여를 교부 받아야 할 자격’의 존부를 판단하는 것처럼 보이기도 하나, 법률에 명시적으로 규정되어 있지 않은 요건을 해석에 의하여 임의로 추가했다고 보기는 어렵고, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’의 의미를 해석할 때 실업급여 제도의 취지, 고용보험법의 입법 목적을 고려하면서 그 핵심인 수급자격의 존부를 주요 기준으로 하여 판단한 것으로 볼 수 있다.

즉 실업급여수급권이 헌법상 기본권인 사회적 기본권과 재산권에 그 근거를 두고 있는 점, 이미 형성된 재산권을 제한하고자 할 때에는 엄격한 비례의 원칙이 적용되어야 한다는 점, 벌칙 조항에는 죄형법정주의 원칙이 적용된다는 점 등을 고려하면 고용보험법위반죄의 구성요건으로서의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’은 고용보험법 내에서 동일한 문언의 요건을 규정하고 있는 다른 조항에서보다 엄격하게 해석해야 할 것이다. 이러한 해석은 논리적 내지 합목적적 해석방법 등에 의하여 허용되

가. 전직 또는 자영업을 하기 위하여 이직한 경우

나. 제1호의 중대한 귀책사유가 있는 자가 해고되지 아니하고 사업주의 권고로 이직한 경우

다. 그 밖에 고용노동부령으로 정하는 정당한 사유에 해당하지 아니하는 사유로 이직한 경우

155) 다만, 위 판결에서 회사 사정이 어렵다는 이유로 사직을 권고받은 일부 근로자에 대하여는 ‘경영상 필요에 의한 인원감축’에 의한 퇴사라고 볼 여지도 있어 이러한 기재가 거짓이라고 보기도 어렵다고 판시하기도 하였다.

는 해석의 범위 내에 있는 것이다.

결국 실업급여 부정수급 여부를 판단하는 과정에서 실업급여 제도의 본질, 실업급여를 지급하는 것이 그 제도의 본질에 부합하는 구체적인 사정 등은 마땅히 고려되어야 하는바, 위 판결에서 판시한 ‘실업급여를 교부받아야 할 자격’은 이와 관련하여 핵심적으로 고려해야 할 사정으로 보인다¹⁵⁶⁾.

(2) 주관적 구성요건

고용보험법위반죄는 주관적 구성요건으로 고의를 필요로 한다. 즉 행위자인 수급권자가 객관적 구성요건요소인 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’을 인식하고 그로 인한 결과를 인용할 때 성립한다.

한편, 실업급여는 수급권자가 수급자격의 인정신청을 하면 직업안정기관의 장이 심사한 후 그 인정 여부를 결정하는 것¹⁵⁷⁾이므로, 행정관청이 출원에 의한 인허가처분 여부를 심사하거나 신청을 받아 일정한 자격요건 등을 갖춘 때에 한하여 그에 대한 수용 여부를 결정하는 등의 업무를 하는 경우와 유사하다. 즉 행정기관이 신청에 대한 실질적인 심사

156) 위 판결에 대하여, 부정수급의 본질을 부당이득으로 보고 핵심은 급여를 보유할 법률상 이익의 존부이므로 급여를 받는 과정에서 다소 정당성이 결여된 수단이 사용된 측면이 인정되더라도 급여를 받는데 있어 법률상 원인이 없다고 단정할 수 없다면 부정수급을 쉽게 인정해서는 안된다는 입장이라고 평가하는 견해로, 노호창, 실업급여의 요건과 제한에 관한 연구, 「노동법연구」 제40호, 2016년, 385쪽.

157) 고용보험법 제43조(수급자격의 인정) ①구직급여를 지급받으려는 자는 직업안정기관의 장으로부터 제40조제1항제1호부터 제3호까지·제5호 및 제6호에 따른 구직급여의 수급 요건을 갖추었다는 사실(이하 "수급자격"이라 한다)의 인정을 받아야 한다.
②직업안정기관의 장은 제1항에 따른 수급자격의 인정신청을 받으면 그 신청인에 대한 수급자격의 인정 여부를 결정하고, 대통령령으로 정하는 바에 따라 신청인에게 그 결과를 알려야 한다.

권한 및 의무를 갖는다는 점에서 공통적이다¹⁵⁸⁾. 이러한 경우 수급권자가 고의를 부인하는 경우, 즉 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’에 대한 인식 및 인용이 없었다고 주장하는 경우에는, 그 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’이 직업안정기관의 담당 직원이 나름대로 충분히 심사를 하였으나 이를 발견하지 못할 정도가 아닌 한 쉽게 고의를 인정해서는 안될 것이다. 이로써 부정수급에 관한 수급권자의 법감정과 제도가 충돌 - 수급권자는 자신이 정당하게 실업급여를 받았다고 인식하고 있음에도 행정기관에 의하여 법을 어긴 것으로 판단되는 상태 - 하는¹⁵⁹⁾ 범위가 줄어들 수 있다.

따라서 비록 수급권자가 수급자격의 인정신청을 하면서 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’을 사용하였다고 하더라도, 직업안정기관이 제대로 심사를 하였다면 수급자격이 없음을 발견할 수 있었음에도 착오나 실수 등으로 제대로 심사하지 못하여 결과적으로 수급자격이 없음에도 실업급여를 지급받게 된 경우에는 부정수급에 대한 고의를 인정할 수 없어

158) 대법원은 위계공무집행방해죄의 성립 여부에 관하여, “위계에 의한 공무집행방해죄는 상대방의 오인, 착각, 부지를 일으키고 이를 이용하는 위계에 의하여 상대방이 그릇된 행위나 처분을 하게 함으로써 공무원의 구체적이고 현실적인 직무집행을 방해하는 경우에 성립한다. 따라서 행정청에 대한 일방적 통고로 효과가 완성되는 ‘신고’의 경우에는 신고인이 신고서에 허위사실을 기재하거나 허위의 소명자료를 제출하였더라도, 그것만으로는 담당 공무원의 구체적이고 현실적인 직무집행이 방해받았다고 볼 수 없어 특별한 사정이 없는 한 허위 신고가 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성한다고 볼 수 없다. 그러나 행정관청이 출원에 의한 인허가처분 여부를 심사하거나 신청을 받아 일정한 자격요건 등을 갖춘 때에 한하여 그에 대한 수용 여부를 결정하는 등의 업무를 하는 경우에는 위 ‘신고’의 경우와 달리, 출원자나 신청인이 제출한 허위의 소명자료 등에 대하여 담당 공무원이 나름대로 충분히 심사를 하였으나 이를 발견하지 못하여 인허가처분을 하게 되거나 신청을 수리하게 되었다면, 출원자나 신청인의 위계행위가 원인이 되어 행정관청이 그릇된 행위나 처분에 이르게 된 것이어서 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다.”고 판시(대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도17297 판결)하였는바, 이러한 측면에서 위계공무집행방해죄의 성립 여부에 관한 대법원 판례에서 제시한 기준과 부정수급의 고의를 판단하는 기준 사이에 공통점이 있는 것으로 보인다.

159) 이윤진, 앞의 글, 166쪽.

고용보험법위반죄는 성립하지 않게 될 것이다.

이는 실업급여 부정수급에 대한 고의의 유무를 판단함에 있어, 신청만 하면 무조건 지급되는 것이 아니라 행정기관의 심사에 의하여 지급 여부가 결정되는 실업급여 제도의 특수성을 고려하는 것으로, 실업급여 부정수급과 그 기본적 구조가 유사한 사적 보험에 대한 사기죄의 성립 여부를 판단함에 있어 법원이 ‘보험사고의 우연성’이라는 보험의 본질을 고려하여 이를 해할 정도에 이르러야 비로소 보험금 편취를 위한 고의를 인정하는 입장 과도 일맥상통하는 것으로 볼 수 있다. 즉 대법원은 보험계약자의 고지의무 위반으로 인한 부작위에 의한 기망행위가 성립하기 위해서는 ‘보험사고의 우연성’이라는 보험의 본질을 해할 정도에 이르러야 비로소 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위에 해당한다고 판시(대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1405 판결¹⁶⁰⁾)한 바 있다.

결국 객관적 구성요건인 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’에 포섭되는 행위의 범위는 넓으나, 주관적 구성요건인 고의를 위와 같은 기준에 따라 해석함으로써, 고용보험법위반죄의 성립 여부를 보다 엄격하게 판단할 수 있다.

160) “사기죄의 요건인 기망에는 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위가 포함되고, 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니하는 것을 말한다. 부작위에 의한 기망은 보험계약자가 보험자와 보험계약을 체결하면서 상법상 고지의무를 위반한 경우에도 인정될 수 있다. 다만 보험계약자가 보험자와 보험계약을 체결하더라도 우연한 사고가 발생하여야만 보험금이 지급되는 것이므로, 고지의무 위반은 보험사고가 이미 발생하였음에도 이를 묵비한 채 보험계약을 체결하거나 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하면서도 보험계약을 체결하는 경우 또는 보험사고를 임의로 조작하려는 의도를 가지고 보험계약을 체결하는 경우와 같이 ‘보험사고의 우연성’이라는 보험의 본질을 해할 정도에 이르러야 비로소 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위에 해당한다.”(대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1405 판결)

다. 형법 상 사기죄에 의한 처벌

현재 실업급여의 부정수급에 대하여 고용보험법위반죄와 함께 형법 상 사기죄¹⁶¹⁾로 의율하여 처벌하는 경우가 많은바, 부정수급이 사기죄의 구성요건을 충족하는지 검토한다.

(1) 객관적 구성요건

(가) 기망행위

1) 기망행위의 의의

기망행위란 널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것으로, 그 수단, 방법에 제한이 없다¹⁶²⁾.

대법원은 기망의 의의 및 판단 기준에 관하여 ‘사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요부분에 관한 것임을 요하지 않고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초 사실에 관한 것이면 충분하고, 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적·객관적

161) 제347조(사기) ①사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

162) 이재상, 형법각론, 2013년, 332쪽 ; 배종대, 형법각론, 2015년, 456쪽.

으로 판단해야 할 것이다.’라고 판시(대법원 2007. 10. 25. 선고 2005도 1991 판결)하였다.

2) 기망행위와 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’의 관계

사기죄의 구성요건으로서의 기망행위나 고용보험법위반죄의 구성요건으로서의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’은 문언이 완전히 동일하지는 않으나, 앞서 검토한 바와 같이 양자 모두 그 포섭 범위가 매우 넓은 일반적 개념이라는 점에서 공통적이다. 다만, 고용보험법위반죄가 실업급여 등 고용보험법 상 특정한 제도만을 대상으로 한다는 점에서, 고용보험법 상의 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’을 기망행위의 한 영역 내지 대상으로 볼 수 있다.

따라서 부정수급으로 인정되는 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’은 모두 사기죄의 기망행위에 해당될 것이다.

(나) 재물의 교부 또는 재산상의 이익 취득

사기죄의 객체로서의 재물이 경제적 교환가치가 있는 재물에 국한되는지¹⁶³⁾, 아니면 주관적 가치만 있는 물건도 포함하는지¹⁶⁴⁾에 관하여 견해가 대립한다. 재산상의 이익은 재물 이외의 재산상의 이익으로서 재산의 경제적 가치의 증가를 말하고, 적극적 이익이든 소극적 이익이든, 일시적 이익이든 영구적 이익이든 모두 포함한다¹⁶⁵⁾.

163) 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론, 2016년, 338쪽 ; 박상기, 형법각론, 2011년, 302쪽.

164) 배종대, 앞의 책, 452쪽.

165) 이재상, 앞의 책, 331쪽 ; 배종대, 앞의 책, 453쪽 ; 김일수·서보학, 앞의 책, 338쪽.

대법원은 절도죄의 객체인 재물에 대하여 “반드시 객관적인 금전적 교환가치를 가질 필요는 없고 소유자·점유자가 주관적인 가치를 가지고 있는 것으로 족하다.”라고 판시(대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도 2595 판결)한 바 있고, 사기죄의 객체인 재산상의 이익에 대하여 “계산적으로 산출할 수 있는 이익에 한정하지 아니한다.”라고 판시(대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1095 판결)하여, 사기죄의 객체인 재물 또는 재산상의 이익이 반드시 경제적 교환가치를 가져야 할 필요는 없다는 입장으로 보인다.

그러나 어느 견해에 의하든, 실업급여가 금원이라는 점에서, 사기죄의 객체인 재물 또는 재산상의 이익에 해당된다는 점에는 의문이 없다.

(다) 재산상의 손해 발생

형법은 사기죄의 성립에 재산상의 손해 발생이 필요한지에 대해서 명문의 규정을 두지 않고 있어, 사기죄가 성립하기 위해 재산상의 손해 발생이 필요한지에 대하여, 피기망자의 처분행위로 자기 또는 제3자에게 현실적으로 손해가 발생해야 한다는 긍정설¹⁶⁶⁾, 기망을 원인으로 재물 또는 재산상 이익을 제공했다면 사기죄가 성립하고 피해자에게 현실적으로 손해가 발생할 것을 요하지 않는다는 부정설¹⁶⁷⁾로 견해가 대립하고 있다. 대법원은 “사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 않는다.”라고 판시(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001도5789 판결)함으로

166) 이재상, 앞의 책, 347쪽 내지 350쪽 ; 배종대, 앞의 책, 479쪽 ; 박상기, 앞의 책, 322쪽.

167) 오영근, 형법각론, 2014년, 312쪽.

써 부정설을 취하고 있다.

사기죄가 재산 범죄인 이상 아무런 재산상의 손해가 발생하지 않았음에도 사기죄가 기수에 이르렀다고 평가하기는 어려우므로, 긍정설이 타당하다.

실업급여의 주요 재원이 근로자 및 사업주가 납부하는 보험료이고, 국가가 부담하는 비용은 극히 일부라는 점에서, 부정수급이 있다고 하더라도 이를 국가의 손해라고 할 수 있는지, 그에 앞서 국가를 사기죄의 피해자로 볼 수 있는지 문제될 수 있다.

그러나 형법이 사기죄의 피해자를 제한하는 규정을 두고 있지 않은 이상 국가를 피해자에서 배제할 이유가 없다. 대법원도 “기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해한 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 당해 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다.”라고 판시(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결)하여 국가를 피해자로 한 사기죄의 성립 가능성을 인정하였다.

또한 재원의 출처를 불문하고 일단 고용보험기금으로 조성된 이상 국가가 위 기금을 관리하면서 실업급여 등 고용보험법 상 제도들의 운용에 사용할 권한과 책임을 가지므로, 부정수급으로 인하여 지급되지 않았어야 할 금원이 실업급여로 지급되었다면 이를 국가의 재산상 손해로 볼 수 있을 것이다.

(2) 주관적 구성요건

사기죄 또한 고의범이므로, 모든 객관적 구성요건요소에 대한

인식과 인용이 있어야 성립한다. 그 외에 주관적 구성요건으로 불법영득의 의사 또는 불법이득의 의사를 요한다는 견해¹⁶⁸⁾도 있는데, 주로 재물의 교부 또는 재산상의 이익을 받을 정당한 권리를 가진 사람이 기망행위를 수단으로 하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우 사기죄가 성립하느냐의 문제와 관련하여 논의된다. 즉 행위자가 권리에 의하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득했다면 그 재물 또는 재산상의 이득은 불법한 이득이라고 할 수 없으므로, 그 수단으로 기망행위를 사용했다고 하더라도, 사기죄가 성립하지 않는다는 것이다.

한편, 대법원은 같은 문제와 관련하여, 이를 위법성조각사유의 문제로 판단하고 있다. 즉 ‘산업재해보상 보험급여를 지급받을 수 있는 지위에 있었다고 하더라도 특정 일자에 업무상 재해를 입은 사실이 전혀 없음에도 불구하고, 허위 내용의 목격자진술서를 첨부하는 등의 부정한 방법으로 요양신청을 하여 산업재해보상 보험급여를 지급받았다면, 피고인의 이러한 행위는 특별한 사정이 없는 한 그 자체로 이미 사회통념상 권리행사의 수단으로 용인할 수 없는 정도라고 한 사례’에서 “기망행위를 수단으로 한 권리행사의 경우 그 권리행사에 속하는 행위와 그 수단에 속하는 기망행위를 전체적으로 관찰하여 그와 같은 기망행위가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도라면 그 권리행사에 속하는 행위는 사기죄를 구성한다.”라고 판시(대법원 2003. 6. 13. 선고 2002도6410 판결)하여, 일단 사기죄의 구성요건해당성은 충족하되 기망행위가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 있는 정도라면 형법 제20조¹⁶⁹⁾의 정당행위로서 위법성이 조각된다는 구조로 판단하고 있다¹⁷⁰⁾.

168) 이재상, 앞의 책, 351쪽 내지 352쪽 ; 배종대, 앞의 책, 501쪽 내지 502쪽.

169) 형법 제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.

170) 다만, 이 판결에서는 피고인이 주장하는 ‘다른 날짜에 업무상 재해를 입었다’는 사실이 입증되지 않은 것으로 판단하고 있어, 피고인이 취득한 보험

불법이득 의사¹의 문제로 모든 위법성조각사유의 문제로 보든, 재물 또는 재산상의 이익을 취득할 권리가 있는 사람이 기망행위를 하여 당해 재물 또는 재산상의 이익을 취득하였다면, 그 취득에 실질적인 불법이 없으므로, 사기죄는 성립할 수 없다고 할 것이다.

특히 부정수급으로 인한 사기죄의 성립과 관련하여, 앞서 고용보험법위반죄의 고의와 관련하여 검토한 바와 같이, 실업급여의 지급 여부에 대해서는 직업안정기관의 장이 실질적인 심사 권한 및 의무를 가지므로, 수급권자가 실업급여를 신청함에 있어 기망행위를 하였다고 하더라도 그 수급권자에게 실업급여를 지급받을 권리가 있는 경우라면 사기죄는 성립할 수 없다고 할 것이다.

반대로, 수급자격이 없는 사람이 실업급여를 신청하면서 기망행위를 하였더라도, 직업안정기관이 제대로 심사를 하였다면 그 기망행위에도 불구하고 수급자격이 없음을 알 수 있었던 경우라면, 역시 사기죄의 성립을 인정해서는 안될 것이다. 수급권자가 행정기관의 실수나 착오에 대해서까지 형사책임을 지는 것은 타당하지 않기 때문이다.

라. 고용보험법위반죄와 사기죄의 차이

(1) 법정형

고용보험법위반죄의 법정형은 1년 이하 징역 또는 1천만원 이하 벌금인 반면, 사기죄의 법정형은 10년 이하 징역 또는 2천만원 이하 벌금이다. 법정형만 기준으로 보면 동일한 부정수급 행위에 대하여 최대

급여가 '정당한 권리'인지도 명확하지 않아, 과연 이 판결이 '기망행위를 수단으로 한 권리행사의 경우'에 딱 들어맞는 것인지는 의문이 있다.

10배의 차이가 난다고 할 수 있다.

(2) 공소시효

고용보험법위반죄의 공소시효는 5년인 반면, 사기죄의 공소시효는 10년이다¹⁷¹⁾. 따라서 5년이 경과하여 고용보험법위반죄로는 처벌하지 못하는 경우라도 사기죄의 공소시효가 남아있는 한 사기죄로 처벌할 수 있게 된다.

(3) 미수범 처벌 규정

고용보험법은 미수범을 처벌하는 규정이 없는 반면, 사기죄는 미수범을 처벌한다¹⁷²⁾. 따라서 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 실업급여를 신청하려고 했으나 실제로 실업급여를 받지 못한 경우, 고용보험법위반죄로는 처벌 못하지만, 사기미수죄로는 처벌이 가능하게 된다.

실제로 근로자인 피고인이 수급요건 중 ‘수급자격 인정신청일 이전 1개월 동안의 근로일수가 10일 미만일 것’과 관련하여 사실은 위 기

171) 형사소송법 제249조(공소시효의 기간) ①공소시효는 다음 기간의 경과로 완성한다.

1. 사형에 해당하는 범죄에는 25년
2. 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에는 15년
3. 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 10년
4. 장기 10년 미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 7년
5. 장기 5년 미만의 징역 또는 금고, 장기 10년 이상의 자격정지 또는 벌금에 해당하는 범죄에는 5년
6. 장기 5년 이상의 자격정지에 해당하는 범죄에는 3년
7. 장기 5년 미만의 자격정지, 구류, 과료 또는 몰수에 해당하는 범죄에는 1년

172) 형법 제352조(미수범) 제347조 내지 제348조의2, 제350조, 제350조의2와 제351조의 미수범은 처벌한다.

간 근로일수가 24일임에도 10일 미만이라는 허위 내용으로 실업급여를 신청하였으나 심사 과정에서 다른 수급요건(피보험단위기간이 180일 이상일 것)이 충족되지 못했음을 이유로 실업급여를 수급하지 못한 사실에 대하여 사기미수죄가 인정된 사례¹⁷³⁾가 있는바, 만약 근로자의 부정수급에 대하여 고용보험법만 적용된다면 위 사례는 처벌되지 않았을 것이다.

위 사례는 결과적으로 행정기관의 실업급여 신청에 대한 심사 기능이 정상적으로 작동했던 것이므로, 처벌할 실익이 없음은 물론, 앞서 검토한 고의의 인정 기준에 따르면 부정수급에 관한 고의 자체를 인정할 수 없게 되어 결국 어떤 죄도 성립할 수 없다고 생각한다.

4. 고용보험법위반죄와 형법 상 사기죄의 관계

이상에서 살펴본 바와 같이 실업급여의 부정수급은 형법 상 사기죄의 구성요건해당성을 모두 충족할 수 있다. 하나의 행위가 두 개의 형벌법규의 구성요건을 충족할 때, 그 행위를 어떤 죄로 처벌해야 하는지에 관한 기준을 제시하는 것이 죄수론인바, 부정수급으로 인한 고용보험법위반죄와 사기죄의 관계가 어떠한지를 죄수의 측면에서 검토할 필요가 있다.

즉 하나의 부정수급 행위에 대하여 고용보험법위반죄와 사기죄가 각각 성립하는지, 아니면 둘 중 하나만 성립하는지 등 양죄의 관계를 명확히 함으로써, 부정수급에 대한 처벌의 정도 내지 범위 또한 명확히 할 수 있다.

이와 관련하여 최근 3년 동안 부정수급에 관하여 선고된 판례들을 분석하여, 부정수급에 대한 사기죄의 적용이 실질적으로 어떤 의미가 있는

173) 대구지방법원 2017. 6. 22. 선고 2017고단292 판결(사기, 고용보험법위반, 사기미수).

지를 함께 검토한다.

가. 죄수론

(1) 일죄 및 수죄

범죄의 수가 1개인 일죄에는 법조경합과 포괄일죄가 있다. 법조경합은 1개 또는 수개의 행위가 외관상 수개의 형벌법규(구성요건)에 해당하는 것처럼 보이나 구성요건 상호간의 논리적 관계 때문에 하나의 죄만 인정되는 경우를 말하는 것으로, 특별관계, 보충관계 및 흡수관계가 있는데, 법조경합의 효과는 배제된 법률이 적용되지 않게 되어 행위자가 그 법률에 의하여 처벌받지 않는다는 데 있다. 포괄일죄는 수개의 행위가 포괄적으로 1개의 구성요건에 해당하여 일죄를 구성하는 경우로, 결합범, 계속범, 접속범, 연속범이 있다.

법조경합 중 특별관계는 어느 구성요건이 다른 구성요건의 모든 요소를 포함하고 그 이외의 다른 요소를 구비해야 성립하는 경우¹⁷⁴⁾로서, ‘특별법은 일반법에 우선한다’는 원리에 의하여 특별법만 적용되고 일반법은 적용되지 않는다. 특별관계의 대표적인 경우는 가중적 구성요건 또는 감경적 구성요건과 일반적 구성요건의 관계로, 존속살해죄와 살인죄, 영아살해죄와 살인죄 등의 관계에서 볼 수 있다¹⁷⁵⁾.

174) “법조경합의 한 형태인 특별관계란 어느 구성요건이 다른 구성요건의 모든 요소를 포함하는 외에 다른 요소를 구비하여야 성립하는 경우로서 특별관계에 있어서는 특별법의 구성요건을 충족하는 행위는 일반법의 구성요건을 충족하지만 반대로 일반법의 구성요건을 충족하는 행위는 특별법의 구성요건을 충족하지 못한다.”(대법원 2003. 4. 8. 선고 2002도6033 판결)

175) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 2015년, 520쪽 내지 537쪽 ; 신동운, 형법총론, 2015년, 746쪽 내지 764쪽.

범죄의 수가 수개인 수죄에는 상상적 경합과 실제적 경합이 있다. 상상적 경합¹⁷⁶⁾은 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우로, 실제법적으로는 수개의 죄이나 과형상 일죄로 처리되어 하나의 형이 선고된다. 여기서 1개의 행위의 의미에 관하여, 전법률적, 자연적 의미에서 단일하고 동일한 의미로 이해되는 행위를 뜻한다는 견해¹⁷⁷⁾와 1개의 행위는 법적 개념으로 침해된 구성요건과의 관계에서만 행위의 수가 결정되므로 구성요건적 행위가 1개라는 견해¹⁷⁸⁾로 나뉜다. 대법원은 대체로 자연적 의미에서의 행위라는 입장으로 보인다¹⁷⁹⁾.

실제적 경합은 수개의 행위에 의하여 수개의 죄가 성립하는 경우로, 실제법적으로도 과형상으로도 수개의 죄로 취급되며, 단순히 경합범¹⁸⁰⁾이라고 말할 때는 실제적 경합범을 의미한다.¹⁸¹⁾

(2) 법조경합과 상상적 경합의 구별

176) 형법 제40조(상상적 경합) 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다.

177) 신동운, 앞의 책, 766쪽.

178) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 540쪽 ; 배종대, 형법총론, 2016년, 752쪽.

179) 대법원 2002. 7. 18. 선고 2002도669 판결(동일한 공무를 집행하는 여럿의 공무원에 대하여 폭행·협박 행위를 한 경우에는 공무를 집행하는 공무원의 수에 따라 여럿의 공무집행방해죄가 성립하고, 위와 같은 폭행·협박 행위가 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 것으로서 사회관념상 1개의 행위로 평가되는 경우에는 여럿의 공무집행방해죄는 상상적 경합의 관계에 있다), 대법원 1987. 7. 21. 선고 87도564 판결(문서에 2인 이상의 작성명의인이 있을 때에는 각 명의자마다 1개의 문서가 성립되므로 2인 이상의 연명으로 된 문서를 위조한 때에는 작성명의인의 수대로 수개의 문서위조죄가 성립하고 또 그 연명문서를 위조하는 행위는 자연적 관찰이나 사회통념상 하나의 행위라 할 것이어서 위 수개의 문서위조죄는 형법 제40조가 규정하는 상상적 경합범에 해당한다).

180) 형법 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

181) 배종대, 앞의 책, 759쪽 ; 신동운, 앞의 책, 769쪽.

부정수급은 1개의 행위로 고용보험법위반죄 및 사기죄라는 수개의 구성요건을 충족할 수 있는 경우인바, 이처럼 1개의 행위가 수개의 구성요건을 실현하는 것 같은 법형상으로 상상적 경합과 법조경합이 있다.¹⁸²⁾

형법은 상상적 경합과 달리 법조경합에 대해서는 규정하고 있지 않은바, 어떤 경우가 법조경합에 해당하는지 결정하는 과정에서 이론적 기초를 제공하는 것으로 이중평가금지의 원칙이 있다. 즉 범죄의 형식들을 추상적으로 규정하고 있는 수개의 구성요건을 문제되는 구체적인 사안에 모두 적용하여 형벌을 결정하는 것은, 동일한 행위 내지 범죄사실에 대한 이중평가에 해당할 뿐만 아니라 특정한 구성요건의 적용범위도 확정할 수 없기 때문에 그 구성요건의 존재의의를 상실하게 만든다. 따라서 법조경합은 외형상 경합하는 수개의 구성요건 중에서 당해 구체적 사안을 가장 적합하게 규정하고 있는 어느 한 구성요건만을 적용하고 다른 구성요건의 적용을 배척함으로써 이중평가금지의 위반을 회피하는 동시에 당해 구성요건의 고유한 적용영역을 확보할 수 있게끔 기능하는 것이다¹⁸³⁾.

법조경합의 이론적 기초가 되는 이중평가금지의 원칙은 결국 ‘정당한 형벌의 적용’을 목표로 하는 것인바, 법조경합은 구체적 사안에서 경합하는 수개의 구성요건간의 상호관계를 따져 적용되는 구성요건이 1개만으로 충분한지, 아니면 여러 개의 구성요건이 적용되어야 비로소 사안의 불법내용을 제대로 평가할 수 있는지를 검토하는 1죄와 수죄의 구체적인 결정과정이 될 수 있다¹⁸⁴⁾.

대법원은 법조경합과 상상적 경합의 구별에 관하여, “상상적

182) 최병각, 법조경합의 본질과 특징, 「비교형사법연구」 18권 4호, 한국비교형사법학회, 2016년, 432쪽.

183) 이경렬, 죄수결정기준과 법조경합의 본질, 「형사법연구」 제22권, 한국형사법학회, 2004년, 108쪽 내지 109쪽.

184) 이경렬, 앞의 글, 113쪽.

경합은 1개의 행위가 실질적으로 수개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다.”라고 판시(대법원 2002. 7. 18. 선고 2002도669 판결)하였는바, 대법원이 말하는 ‘구성요건적 평가’와 ‘보호법익’은 결국 당해 행위에 대하여 정당한 형벌을 적용하기 위하여 고려하여야 할 것들로, 부정수급에 관한 죄수 관계 또한 부정수급 행위의 불법성에 상응하는 정당한 형벌을 적용하기 위한 수단이라는 측면에서 검토하여야 할 것이다.

현재 실무상 실업급여 부정수급에 대하여 고용보험법위반죄 및 사기죄의 상상적 경합으로 판단하는 것이 일반적이나, 검찰이 고용보험법위반죄로만 기소하여 고용보험법위반죄로만 선고된 경우도 다수 있다. 그러나 검찰이 어느 경우에 고용보험법으로만 기소하고, 어느 경우에 고용보험법과 형법을 함께 적용하여 기소하는지에 대한 일반적인 기준은 없는 것으로 보인다¹⁸⁵⁾.

나. 판례 분석¹⁸⁶⁾

현재 실무에서 실업급여 부정수급에 관하여 어떤 법과 법리를

185) 앞의 대검 수사매뉴얼에서도 고용보험법위반죄와 사기죄의 관계에 대해서 실무상 양 죄의 상상적 경합 관계로 보아 기소 및 처벌이 이루어진다고 기재되어 있을 뿐, 어느 경우에 고용보험법위반죄로만 기소하고, 어느 경우에는 양 죄로 기소하는지에 대한 기준은 제시되어 있지 않다.

186) 이 항에서 분석한 판례들은 모두 형사사법정보시스템(KICS)의 ‘판결문검색’ 기능을 이용하여 검색한 결과이다. 기간은 2014. 7. 1.부터 2017. 6. 30.까지, 심급은 1심, 검색어는 ‘고용보험법위반죄’ 및 ‘고용보험법위반죄, 사기죄’를 입력하여 검색하였다. 다만, 위 시스템에 등록되지 않은 판결 또는 검색 기능의 문제로 검색되지 않은 판결이 존재할 가능성도 배제할 수 없다.

적용하고 있는지, 고용보험법위반죄 및 사기죄의 관계를 어떻게 판단하고 있는지 확인하기 위하여 2014. 7. 1.부터 2017. 6. 30.까지 3년 동안 1심 법원에서 선고된 판례들을 분석하였다. 판례 분석의 또 다른 목적은 부정수급에 관한 판결에서 실업급여 제도의 취지를 비롯한 사회보장적 관점이 고려되고 있는지 여부를 확인하고자 하는 것이다.

분석의 대상이 된 판례는 2014. 7. 1.부터 2017. 6. 30.까지 3년 동안 전국의 1심 법원에서 선고된 판결로, 고용보험법위반죄로만 선고된 판결은 총 170건이고, 고용보험법위반위반죄 및 사기죄로 선고된 판결은 총 71건이었다. 고용보험법과 사기죄의 법정형의 차이를 고려할 때, 불법성 및 양형의 측면에서 의미를 가질 수 있는 징역형(집행유예 포함)이 선고된 판결만을 대상으로 분석하였다.

분석의 주된 요소는 주체(피고인이 근로자인지 아니면 사업주 등 제3자인지 여부, 피고인의 직업 등), 행위 방법(‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’의 유형, 행위가 다른 범죄를 구성하는지 여부 등), 부정수급된 실업급여의 액수, 선고된 형량, 주된 양형사유 등이다.

(1) 고용보험법위반죄로만 선고된 경우

위 기간 동안 고용보험법위반죄로만 선고된 170건의 판결 중 징역형이 선고된 경우는 총 7건¹⁸⁷⁾이었다. 위 7건에 대해서는 모두 집행유예가 선고되어 실형이 선고된 경우는 없었다.

187) 청주지방법원 제천지원 2014. 7. 24. 선고 2014고단223 판결, 대전지방법원 2017. 2. 2. 선고 2016고단3994 판결, 수원지방법원 안산지원 2015. 11. 6. 선고 2015고단2723 판결, 서울북부지방법원 2014. 10. 2. 선고 2014고단436 등 판결, 서울서부지방법원 2017. 1. 20. 선고 2016고단3510 판결, 인천지방법원 부천지원 2015. 3. 26. 선고 2014고단3315 판결, 서울북부지방법원 2014. 7. 18. 2014고단1496 판결.

첫째, 피고인의 신분과 관련하여, 수급권자인 근로자인 경우가 3건, 사업주 내지 사업주 측 직원인 경우가 3건, 나머지 1건은 브로커였다. 피고인의 직업에 대해서는 판금업체인 ‘보성금속’의 직원¹⁸⁸⁾이라거나 세차장 운영¹⁸⁹⁾이라고 비교적 구체적으로 기재된 판결도 있었으나, ‘무직’, ‘사업’, ‘기타’, ‘회사원’ 등 직업이나 사업의 종류를 알 수 없는 기재가 더 많았다. 그리고 직업이나 사업의 종류가 구체적으로 기재되어 있는 경우에도, 피고인의 월급이나 사업장의 규모, 수익 등에 관한 기재는 전혀 없어 판결문 상으로는 피고인의 경제적 상황에 대해서는 전혀 알 수 없었다.

둘째, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’의 유형과 관련하여, 근로자가 실제로 일하고 있으면서 퇴직 내지 실직했다고 허위 신청한 경우가 5건으로 대부분을 차지하였다. 이 중 2건은 근로자와 사업주의 공모가 인정되었고, 1건은 사업주가 양벌 규정¹⁹⁰⁾에 의하여 벌금형을 선고받았다. 나머지 2건 중 1건은 브로커가 명의를 빌려줄 사람들을 모집하여 그들의 명의로만 빌려 허위 신청을 한 것이고, 1건은 실제 근무일수가 실업급여의 요건을 충족하지 못하였으나 이를 부풀려 신청한 경우였다.

셋째, 부정수급액과 관련하여, 600만원, 약 700만원(2건), 약 2,100만원, 약 2,600만원, 약 2,760만원, 약 7,300만원으로 액수의 차이가 컸다.

넷째, 선고된 형량과 관련하여, 징역 8월에 집행유예 2년(2건), 징역 6월에 집행유예 2년(4건), 징역 4월에 집행유예 1년(2건), 벌금

188) 인천지방법원 부천지원 2015. 3. 26. 선고 2014고단3315 판결.

189) 대전지방법원 2017. 2. 2. 선고 2016고단3994 판결.

190) 고용보험법 제117조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제116조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

200만원(2건)이었다. 가장 높은 형이라고 할 수 있는 징역 8월에 집행유예 2년이 선고된 2건은 모두 브로커에 대한 선고형이었다. 벌금이 선고된 경우는, 함께 기소된 사업주 및 브로커에 대해서는 각 징역형을 선고하면서 근로자들에 대해서는 벌금형을 선고한 것으로, 그 중 1건은 벌금형의 선고를 유예하였다.

마지막으로, 양형 사유와 관련하여, 가장 중요한 양형 기준은 부정수급액을 반환했는지 여부 내지 부정수급으로 인하여 구체적인 이익을 취득했는지 여부였다. 똑같이 징역 6월에 집행유예 2년이 선고된 사안들 중 부정수급액이 600만원인 근로자는 이를 반환하지 않은 반면¹⁹¹⁾, 약 2,100만원을 부정수급한 사업주는 이를 반환하였다. 그러나 근로자들과 공모하여 약 7,300만원을 부정수급한 사업주에 대해서는 이를 반환하지 않았음에도 징역 6월에 집행유예 2년이 선고되기도 하였다¹⁹²⁾.

(2) 고용보험법위반죄 및 사기죄로 선고된 경우

191) 판결문에서는 ‘피해의 회복이 전혀 이루어지지 않았으며’라고 표현하였다(청주지방법원 제천지원 2014. 7. 24. 선고 2014고단223 판결).

192) 이 사안은 사업주가 회사의 실적이 저하되어 직원들에게 임금을 지급하기 어려워지자 직원 11명과 공모하여 위 직원들이 계속 근무함에도 불구하고 마치 퇴사한 것처럼 허위의 실업급여를 신청하여 수급하여 임금의 일부를 보전하기로 하고, 이에 따라 위 직원들이 함께 약 7,300만원의 실업급여를 수급한 경우이다(서울서부지방법원 2017. 1. 20. 선고 2016고단3510 판결). 판결문에 그 이유가 명시되지는 않았으나, 위 직원들 11명 중 함께 기소된 1명에 대해서는 부정수급액을 반환했음을 이유로 벌금형을 선고유예하고, 나머지 직원들 10명은 기소 전에 부정수급액을 반환했다는 이유로 기소유예 처분을 받은 사정을 고려할 때, 이 판결에서는 사업주가 위 실업급여를 직접 취득하지는 않은 점을 참작하여 위와 같이 선고한 것으로 보인다. 그러나 사업주가 부정수급된 실업급여의 액수만큼 근로자들에 대한 임금 지급 의무를 사실상 면했다는 점에서 사업주가 취득한 경제적 이익이 없다고 보기는 어렵고, 이러한 측면에서 부정수급액을 반환하지 않은 근로자에 대한 양형과 비교할 때 다소 양형이 가벼운 것으로 보인다.

위 기간 동안 고용보험법위반죄 및 사기죄의 상상적 경합으로 선고된 71건의 판결 중 징역형이 선고된 경우는 총 17건¹⁹³⁾으로, 그 중 실형이 선고된 경우는 7건이었다. 범죄사실이 순전히 고용보험법위반죄 및 사기죄인 판결은 9건으로, 나머지는 다른 범죄가 포함되어 있었다.

첫째, 피고인의 신분과 관련하여, 사업주인 경우가 11건으로 가장 많고, 근로자인 경우가 6건, 경리 직원 등 사업주 측 직원인 경우가 4건, 브로커인 경우가 4건이었다. 피고인의 직업에 대해서는 앞서 고용보험법위반죄로만 선고된 경우와 마찬가지로, 피고인의 직업이나 사업의 종류를 구체적으로 알 수 없는 ‘회사원’, ‘자영업’, ‘주부’, ‘종업원’, ‘무직’ 등 기재가 많았고, ‘건축조적공’¹⁹⁴⁾, ‘미용사’¹⁹⁵⁾, ‘건설시행업(한국산업개발)’¹⁹⁶⁾ 등 비교적 구체적으로 기재된 경우라 하더라도 판결문 상에서 피고인의 수입 등 경제적 상황을 알 수 있는 기재는 없었다.

둘째, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’의 유형과 관련하여, 사업주 내지 브로커가 해당 사업장과 아무런 관계가 없는 명의대여자들을 모집하여 그들의 명의로 실업급여를 신청한 경우가 3건, 퇴직한 적이 없

193) 수원지방법원 성남지원 2017. 3. 23. 선고 2016고단3592 판결, 서울서부지방법원 2014. 11. 26. 선고 2014고단299 판결, 수원지방법원 2017. 4. 20. 선고 2016고단6739 판결, 수원지방법원 2015. 6. 18. 선고 2015고단1605 판결, 대전지방법원 2014. 7. 25. 선고 2013고단4746 등 판결, 대구지방법원 2017. 6. 22. 선고 2017고단292 판결, 서울북부지방법원 2015. 1. 16. 선고 2014고단3056 판결, 수원지방법원 2015. 4. 30. 선고 2015고단28 판결, 수원지방법원 안양지원 2017. 2. 7. 선고 2016고단1991 판결, 서울중앙지방법원 2017. 6. 28. 선고 2016고단8173 판결, 수원지방법원 안양지원 2016. 1. 22. 선고 2015고단1579 판결, 서울중앙지방법원 2014. 8. 20. 선고 2014고단1839 판결, 울산지방법원 2015. 6. 25. 선고 2015고단329 판결, 대구지방법원 2014. 7. 10. 선고 2014고단2720 판결, 대구지방법원 포항지원 2016. 12. 23. 선고 2016고단1390 판결, 의정부지방법원 2016. 4. 29. 선고 2015고단3751 판결, 춘천지방법원 원주지원 2015. 1. 29. 선고 2014고합103 판결.

194) 대구지방법원 2017. 6. 22. 선고 2017고단292 판결.

195) 대전지방법원 2014. 7. 25. 선고 2013고단4746 등 판결.

196) 서울중앙지방법원 2017. 6. 28. 선고 2016고단8173 판결.

거나 재취업 등으로 근로하고 있음에도 실업 상태라고 허위 신청한 경우가 5건, 해당 사업장에서 근무한 사실이 없음에도 해당 사업장에서 근무하다 퇴사한 것처럼 신청한 경우가 6건¹⁹⁷⁾, 실업급여 수급요건 중 근로일 수 요건을 충족하지 못했음에도 이를 부풀려 신청한 경우가 4건, 자발적 이직임에도 회사의 사정으로 인해 퇴사한 것처럼 신청한 경우가 1건, 사업주가 자신이 운영하는 회사의 직원인 것처럼 실업급여를 신청한 경우가 2건이었다.

위 유형 중 브로커가 개입한 경우는 다수의 명의대여자를 모집하여 부정수급 액수가 크고, 사업주 내지 사업주 측 직원과 공모하여 범행에 가담한 사람들 사이에 조직적인 역할 분담이 이루어지고, 범행 과정에서 급여지급대장 등 실업급여 신청에 필요한 문서를 위조하거나 허위 내용으로 작성하는 경우가 많았다. 부정행위의 방법이 사문서위조죄 등 별개의 범죄사실을 구성하는 경우도 있었다.

셋째, 부정수급액과 관련하여, 200만원 내지 500만원 사이인 경우가 4건, 500만원 내지 1,000만원 사이인 경우가 2건, 1,000만원 내지 1,500만원 사이인 경우가 1건, 1,500만원 내지 2,000만원 사이인 경우가 2건, 2,500만원 내지 3,000만원 사이인 경우가 1건, 3,500만원 내지 4,000만원 사이인 경우가 3건, 약 6,000만원인 경우가 1건, 1억원 내지 2억원 사이인 경우가 3건이었다.

주로 사업주 내지 브로커가 가담한 사안에서 부정수급 액수가 컸다.

넷째, 선고된 형량과 관련하여, 벌금 2,000,000원인 경우가 1건¹⁹⁸⁾, 징역 4월에 집행유예 1년이 선고된 경우가 2건, 징역 5월에 집행

197) 그 중 1건은 해당 사업장에 근무한 사실이 없으면서 마치 근무하고 있는 것처럼 육아휴직급여를 수급한 사안이다.(의정부지방법원 2016. 4. 29. 선고 2015고단3751 판결)

유예 1년 및 징역 4월에 집행유예 2년이 선고된 경우가 각 1건, 징역 6월에 집행유예 1년 및 징역 6월에 집행유예 2년이 선고된 경우가 각 2건, 징역 8월에 집행유예 2년이 선고된 경우가 5건, 징역 10월에 집행유예 2년 및 징역 1년에 집행유예 2년이 선고된 경우가 각 2건, 징역 1년에 집행유예 3년이 선고된 경우가 1건, 징역 1년 6월에 집행유예 3년이 선고된 경우가 2건, 징역 4월 및 징역 8월이 선고된 경우가 각 1건, 징역 6월이 선고된 경우가 2건, 징역 1년이 선고된 경우가 2건, 징역 2년 및 징역 2년 6월이 선고된 경우가 각 2건이었다.

이 중 다른 범죄 없이 고용보험법위반죄 및 사기죄로만 선고된 경우 중 징역 4월에 집행유예 1년이 2건, 징역 5월에 집행유예 1년 및 징역 1년에 집행유예 2년이 각 1건, 징역 6월에 집행유예 1년이 2건, 징역 4월에 집행유예 2년이 1건, 징역 6월에 집행유예 2년이 2건, 징역 8월에 집행유예 2년이 3건, 징역 1년에 집행유예 3년 및 징역 1년 6월에 집행유예 3년이 각 1건, 실형이 선고된 경우는 징역 4월, 징역 8월, 징역 1년이 각 1건씩이었다.

마지막으로, 양형 사유와 관련하여, 가장 중요한 양형 기준은 부정수급액을 반환했는지 여부 내지 부정수급으로 인하여 구체적인 이익을 취득했는지 여부¹⁹⁹⁾였다. 최소한 반환을 약속하거나 상당한 금액을 공

198) 이는 고용보험법 상 양벌규정에 의하여 법인에 선고된 것이다(수원지방법원 안양지원 2016. 1. 22. 선고 2015고단1579 판결).

199) 서울중앙지방법원 2014. 8. 20. 선고 2014고단1839 판결은, 회사의 사정이 어려워지자 허위 근로자들을 모아 체당금을 받으려고 한 사업주와 브로커가 공모하여 명의대여자 18명을 모집하여 그들로부터 실업급여 신청에 필요한 통장, 현금카드 등을 건네받고, 회사의 급여지급대장 및 출퇴근카드 등을 허위로 작성하는 등 조직적으로 역할을 분담하여 합계 약 1억 2,000만원을 부정수급한 사안에서, 브로커에게 동종 전과가 있고, 부정수급액 중 약 6,900만원만 반환되었음에도, 브로커에게 징역 1년 6월 및 집행유예 3년을 선고하고, 사업주에게는 징역 10월, 집행유예 2년을 선고하였다. 이 판결에서는 ‘피고인들이 위 범행으로 취득한 이익이 거의 없는 점’을 양형 사유 중 하나로 기재하였다.

탁한 경우에도 유리한 정상으로 보았다. 부정수급액을 반환하지 않았음을 이유로 실형을 선고하면서도 향후 반환을 다짐하자 반환할 기회를 주기 위해 법정구속을 하지 않은 사례도 있었다²⁰⁰⁾.

피고인들의 ‘경제적 곤궁 상태’를 양형 사유로 들고 있는 판결²⁰¹⁾이 1건 있으나, 판결문 상 피고인들 모두 직업이 있는 것으로 기재되어 있어 피고인들의 경제적 곤궁 상태가 어느 정도인지, 경제적으로 곤궁해진 사유가 무엇인지, 이러한 상태가 구체적으로 어떻게 해당 부정수급에 영향을 미쳤는지 등을 알 수 있는 기재는 없었다.

(3) 검토

판례 분석 결과, 징역형 이상을 선고받은 피고인은 근로자보다는 사업주가 더 많았다. 이는 근로자의 단독 범행보다는 사업주가 개입했을 때 죄질이 더욱 무거워짐을 나타낸다. 브로커 또한 사업주와 공모하는 경우가 대부분이므로, 일단 사업주가 가담하는 이상 부정수급의 규모가 커짐을 알 수 있다.

부정수급 사유 중 다수는 근로자의 근로 여부와 관련한 허위 내용이었다. 즉 실제로 근무하고 있으면서도 실업 상태라고 하거나 해당 사업장에서 근무한 사실이 없음에도 해당 사업장에서 근무하다 퇴사하였

200) 서울중앙지방법원 2017. 6. 28. 선고 2016고단8173 판결.

201) 대구지방법원 2017. 6. 22. 선고 2017고단292 판결. 이 판결은 양형의 이유 중 유리한 정상으로 ‘피고인들이 경제적 곤궁 상태에서 이 사건 범행에 이르는 등 그 동기 및 경위에 다소간 침착할 만한 사유가 있음’이라고 기재하였다. 이 판결은 부부인 피고인들이 공모하여, 피고인들 중 처(의류판매업)가 실제로 건설 공사현장에서 근로한 사실이 없음에도 총 7회에 걸쳐 약 2,400만원의 실업급여를 수급하고, 남편(건축조적공)인 피고인은 단독으로 실제 근로일수를 허위로 신청하는 방법으로 약 100만원의 실업급여를 수급했다는 등의 사안에서 처인 피고인에 대하여는 징역 6월, 집행유예 2년을, 남편인 피고인에 대하여는 징역 8월, 집행유예 2년을 각 선고하였다.

다는 허위 사유로 신청한 경우가 많았다. 이 경우 부정수급 액수가 크고, 기간이 장기간일수록, 사업주와 공모한 경우가 많았다.

부정수급으로 인해 선고된 형은 전반적으로 그다지 높지 않은 것으로 보이고, 고용보험법위반죄만 적용된 경우와 고용보험법위반죄 및 사기죄가 함께 적용된 경우의 양형의 차이도 크지 않다. 물론 고용보험위반죄 및 사기죄의 상상적 경합관계로 기소된 경우에 고용보험법위반죄로만 기소된 경우보다 중한 형이 선고된 경우가 많았으나, 그 경우에도 대부분은 고용보험법의 법정형 이내에서 선고되었고, 고용보험법의 법정형을 초과하여 선고된 사안의 경우 별개의 범죄사실이 포함되어 있어 순전히 부정수급으로만 처벌받았다면 그보다 낮은 형이 선고되었을 것으로 보인다. 고용보험법위반죄 및 사기죄만으로 선고된 사안 중 고용보험법의 법정형을 초과하여 선고된 경우는 징역 1년 6월에 집행유예 3년이 선고된 1건뿐으로, 이는 브로커와 공모하여 명의대여자 47명을 모집하여 실업급여를 신청하여 약 2억원을 부정수급한 사업주에 대하여 선고된 것이다²⁰²⁾.

사업주나 브로커가 개입한 경우와 같이 부정수급의 죄질이 불량하여 엄벌이 필요한 경우에는 법정형이 높은 사기죄를 적용하는 것이 의미있는 것으로 보인다. 그러나 대부분의 경우 고용보험법의 법정형 이내에서 선고되어, 죄질이 불량한 사업주나 브로커의 경우에는 오히려 선고된 형이 다소 가벼워 보인다. 반면, 고용보험법 상 벌칙 조항의 주체인 근로자에 대해서는 고용보험법만 적용하거나 사기죄를 함께 적용하나 실제 선고 형량에 있어서 별다른 차이가 없는 것으로 보인다.

피고인의 신분에 따라 선고된 형량에 차이가 있는지를 살펴보면, 브로커가 가장 무겁게 처벌받은 것으로 나타났다. 근로자와 사업주 사

202) 대구지방법원 포항지원 2016. 12. 23. 선고 2016고단1390 판결. 이 판결에서는 부정수급액을 반환했다는 사정을 유리한 정상으로 보아 집행유예를 선고하였다.

이에는 사업주가 보다 무겁게 처벌받았다. 그러나 이는 사업주나 브로커가 가담하는 경우 범행의 죄질이 더 무거워지기 때문이지, 근로자라는 신분을 형의 감경 사유로 고려한 것은 아닌 것으로 보인다.

양형에 가장 큰 영향을 미치는 사유는 부정수급액의 반환 여부²⁰³⁾ 또는 부정수급으로 인해 취득한 직접적인 이익이 있는지 여부였다. 부정수급액의 반환 내지 환급이라는 표현 대신 ‘피해의 회복’, ‘피해변상’이라는 표현도 다수 있었는데, 이는 사기죄와 관련된 표현으로 보인다²⁰⁴⁾. 사업주 내지 브로커의 경우에도 부정수급된 실업급여를 직접 취득하지 않았거나 취득한 이익이 크지 않다는 점을 유리한 정상으로 참작하였으나, 부정수급된 실업급여를 직접 취득하지 않았다고 해서 부정수급으로 인한 이익이 없었다고 보는 것은 타당하지 않다.

사업주의 경우 회사의 사정이 어려워 근로자들에게 지급할 임금 대신 실업급여를 지급받도록 하여 사실상 근로자들에 대한 임금 지급 의무를 면하려는 경우가 많은바, 실업급여를 직접 취득하지 않았다고 하더라도 근로자에 대한 임금 지급 의무를 사실상 면함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득한 것으로 보는 것이 타당하다. 브로커는 실업급여 중 일부를 수수료로 받는 조건으로 범행에 가담하는 경우²⁰⁵⁾가 많은바, 수수료

203) 이는 검찰이 기소 여부 및 기소 절차(약식 기소 또는 정식 재판)를 결정하는 가장 주된 요소이기도 하다. 대검 양형기준(2015. 4. 21. 시행) 중 고용보험법위반죄에 대한 양형 기준에서는 부정수급액의 반환 여부 및 반환 금액에 따라 약식 기소 또는 정식 재판 청구, 구속 기준을 제시하고 있다.

204) 대법원 양형위원회는 고용보험법위반죄에 대한 양형기준을 제시하고 있지 않으나, 사기죄에 대해서는 ‘일반사기’와 ‘조직적 사기’로 구분하여 양형기준을 제시하고 있다. 따라서 고용보험법위반죄와 사기죄의 상상적 경합관계로 처벌되는 경우 사기죄의 양형기준이 적용되고, 사업주나 브로커가 개입하여 조직적으로 부정수급이 이루어지는 ‘조직적 사기’에 관한 양형기준이 적용되어야 할 것이다.

(http://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_10/fraud_01.jsp. 2017. 9. 30. 방문)

205) 대구지방법원 포항지원 2016. 12. 23. 선고 2016고단1390 판결. 이 판결은

는 현금인 경우가 많고, 유리한 정상을 만들기 위해 브로커와 근로자가 수수료를 지급하지 않은 것으로 진술을 일치시킬 경우 이를 확인하기가 쉽지 않다는 점에서 브로커가 실제로 수수료를 받았는지, 얼마를 받았는지 정확히 아는 것조차 어렵다.

사업주 내지 브로커가 가담하는 경우는 대부분 부정수급이 대규모, 조직적으로 발생하는 경우인데, 직접 취득한 이익이 없다거나 이를 입증할 수 없다는 이유로 이들을 가볍게 처벌한다면 부정수급 중 형사처벌이 특히 필요한 경우에 효과적으로 대처하기 어려울 것이다.

한편, 피고인의 경제적 상태는 양형 사유로 거의 고려되지 않았다. 따라서 판례 분석의 목적 중 하나였던, 피고인의 경제적 상태를 고려할 때 비록 실업급여를 부정수급했다고 하더라도 이와 상관없이 헌법상 기본권인 인간다운 생활을 할 권리로부터 사회보장수급권이 도출될 수도 있다는 등 사회보장적 관점에서 분석을 시도해볼 만한 판결은 없었다.

다. 소결

부정수급으로 인한 고용보험법위반죄는 형법 상 사기죄에 대하여 법조경합 중 특별관계로 보아 고용보험법위반죄만 성립한다고 보는 것이 타당하다²⁰⁶⁾.

인적사항을 신고할 수 없는 불법체류자를 고용하여 공사를 한 사업주가 원청업체에 위 불법체류자들에 대한 인건비를 청구할 수 없자 이들을 대신할 허위 근로자들을 모집하려는 사업주와 부정수급한 실업급여액 중 일부를 수수료로 받기로 한 브로커가 공모하여 47명의 명의대여자를 모집하여 약 2억원의 실업급여를 수령한 사안이다.

206) 임금채권보장법 제28조(벌칙) 제1항 제1호는 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제7조에 따른 체당금 또는 제7조의2에 따른 용자를 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 하여 체당금 부정수급에 대한 형사처벌을 규정하고 있는바, 범죄의 주체가 근로자인 점, 행위

앞서 살펴본 것처럼 한 개의 행위가 수개의 구성요건을 충족할 수 있을 때 그 죄수 관계를 판단하는 이유는 당해 행위의 불법성을 정확히 평가하여 이에 상응하는 정당한 형벌을 적용하기 위한 것으로, 그 수단으로 수개의 구성요건 모두를 적용해야 하는지, 아니면 그 중 1개의 구성요건만으로도 충분한지의 측면에서 검토해야 할 것이다.

대법원²⁰⁷⁾이 상상적 경합과 법조경합의 구별 기준으로 제시하는 ‘구성요건적 평가’ 및 ‘보호법익’의 측면에서 고용보험법위반죄와 사기죄의 관계를 살펴보면, 먼저 고용보험법위반죄의 객관적 구성요건인 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’은 사기의 기망행위와 실질적으로 동일한 구성요건인 한편, 범죄의 주체가 근로자로, 기망행위가 발생하는 영역이 실업급여와 관련한 영역으로 각 한정되어 있어 사기죄의 감경적 구성요건으로 평가할 수 있다. 또한 고용보험법이 그 주체를 근로자로 한정하고, 법정형을 사기죄에 비취 낮게 규정한 것은 근로자의 생활 안정과 구직활동을 촉진하여 경제, 사회발전에 이바지한다는 고용보험법의 목적을 고려하여 근로자의 부정수급은 보다 가볍게 처벌하겠다는 입법 의지로 보아야 하는바, 고용보험법위반죄의 보호법익이 침해되었는지를 판단할 때에는 이와 같은 입법 목적 또한 고려하여야 한다.

따라서 근로자의 부정수급은 그 구성요건적 평가와 보호법익을 고려할 때 고용보험법위반죄의 구성요건 1개만으로도 그 불법성을 정확히 평가하여 정당한 형벌을 적용하는 데 부족함이 없으므로, 고용보험법위반죄는 사기죄에 대하여 법조경합 중 특별관계에 해당한다. 이로써 부정수급

의 객체가 체당금으로 제한된 점, ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’이라는 구성요건의 존재 등에서 실업급여 부정수급에 대한 고용보험법의 규정 형식과 유사한바, 체당금 부정수급으로 인한 임금채권보장법위반죄 및 사기죄의 관계에 대하여 법조경합이라는 견해로, 우희숙, 노동형법의 패러다임 변화와 노동형법정책의 방향, 고려대학교 법학과 박사학위 논문, 2010년, 149쪽.
207) 대법원 2002. 7. 18. 선고 2002도669 판결.

에 대한 이중평가를 회피함과 동시에 고용보험법위반죄의 고유한 적용 영역을 확보할 수 있을 것이다.

바로 이 경우가 대법원²⁰⁸⁾이 예정하는 ‘당해 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌규정을 별도로 두고 있는 경우’의 일례라고 할 수 있는바, 실무에서 이미 부정수급에 대하여 고용보험법위반죄로만 처벌하는 경우가 많은 현실 또한 고용보험법위반죄와 사기죄의 관계를 위와 같이 특별관계로 이해하는 것이 전제되어 있기 때문으로 보인다.

그러나 사업주나 브로커 등 근로자가 아닌 제3자가 부정수급에 가담하는 경우 제3자에 대해서는 고용보험법을 적용할 수 없다. 고용보험법이 사기죄의 감경적 구성요건으로 그 주체를 근로자로 한정하고 있는 이상, 근로자가 아닌 사람에 대하여 감경적 구성요건을 적용할 수 없기 때문이다. 따라서 근로자가 아닌 사람에 대해서는 일반적 구성요건이 적용되어 사기죄가 성립할 것이다.

5. 부정수급에 관여한 제3자에 대한 처벌

앞서 판례 분석을 통해 확인한 바와 같이, 부정수급과 관련하여 더 큰 불법, 보다 엄격한 형사처벌이 필요한 경우는 부정수급에 사업주, 브로커 등 근로자가 아닌 제3자가 관여한 경우이다. 먼저 현행법 상 부정수급에 관여한 제3자를 처벌하는 방법을 살펴본 후, 제3자를 정범으로서 처벌할 수 있는 벌칙 조항을 신설할 것을 제안한다. 이와 관련하여 고용노동부가 입법예고한 제3자에 대한 처벌 규정이 포함된 고용보험법 일부개정법률안에 대해서 검토한다.

208) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결.

가. 사기죄

고용보험법위반죄가 일반적 구성요건인 사기죄에 대한 감경적 구성요건인 이상, 그 제한적 요건에 해당하지 않는 경우 일반적 구성요건인 사기죄가 성립한다. 따라서 근로자가 아닌 사업주, 브로커 등 제3자의 범행에 대해서는 고용보험법위반죄가 성립하지 않고, 사기죄가 성립한다.

현재 실무상으로도 사업주 등 제3자에 대하여 사기죄를 적용하고는 있으나, 고용보험법위반죄의 공범과의 상상적 경합관계로 의율되기 때문에, 여전히 제3자의 불법성이 근로자의 불법성에 종속한다는 인식에서 벗어나지 못하고 있다. 따라서 제3자를 정범으로 처벌하는 새로운 구성요건이 입법되기 전까지는 제3자에 대해서는 일반적 구성요건인 사기죄만 적용하여 처벌할 필요가 있다고 할 것이다.

나. 고용보험법위반죄의 공범

고용보험법위반죄는 그 행위주체가 근로자로 한정되어 있는 점에서 진정신분범으로 볼 수 있으므로, 근로자가 아닌 제3자에 대해서는 고용보험법위반죄가 성립할 수 없다. 그러나 비신분자인 제3자가 신분자인 근로자의 고용보험법위반죄에 가공한 경우 형법 총칙의 공범 조항이 적용되어²⁰⁹⁾, 근로자의 고용보험법위반죄에 대한 공범은 성립할 수 있게 된다. 실무상으로도 사업주, 브로커 등 제3자에 대해서는 고용보험법위반죄의 공

209) 형법 제8조(총칙의 적용) 본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

제33조(공범과 신분) 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다. 단, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 벌하지 아니한다.

범으로 처벌하고 있다. 이는 정범인 근로자가 함께 기소되지 않을 경우에도 마찬가지다.

공범은 정범을 전제로 한 개념으로, 정범은 범죄를 스스로 실행하는 자를 의미하고, 공범은 2인 이상이 함께 범죄를 실행하는 경우를 의미한다²¹⁰⁾. 공범을 처벌하는 근거에 대해서는 공범이 정범의 범행을 야기하거나 촉진한다는 점에 있으므로 공범불법의 근거와 정도는 정범의 불법에 의존한다고 해석하는 종속적 야기설²¹¹⁾, 공범의 불법이 일부는 정범의 행위에서, 일부는 공범자의 독자적인 법익침해에서 도출된다고 해석하는 혼합적 야기설²¹²⁾ 등의 견해가 있다.

공범은 정범의 존재를 전제하는 것이므로 공범의 성립은 정범의 성립에 종속한다²¹³⁾고 보는 것이 일반적이나, 그 종속성의 정도에 대해서는 정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하면 공범은 성립하며 반드시 유책할 것을 요하지 않는다는 제한적 종속형식²¹⁴⁾, 정범의 행위가 범죄성립의 모든 요건, 즉 구성요건해당성, 위법성 및 책임을 완전히 갖추었을 때 공범이 성립한다는 극단적 종속형식²¹⁵⁾ 등 견해가 있다. 책임은 행위자 개인에 대한 비난가능성²¹⁶⁾을 의미하고, 공범이 처벌되는 이유는 정범이든 자기 자신의 것이든 불법을 실행했기 때문이므로, 공범은 정범의 구성요건해당성 및 위법성까지만 종속된다고 보는 것이 타당하다.

그러나 부정수급에 관여한 사업주나 브로커 등 제3자는 단순히

210) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 417쪽 내지 418쪽 ; 신동운, 형법총론, 2015년, 567쪽.

211) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 436쪽 ; 배종대, 형법총론, 2016년, 549쪽.

212) 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론, 2014년, 476쪽.

213) “종범의 범죄는 정범의 범죄에 종속하여 성립하는 것”(대법원 1970. 3. 10. 선고 69도2492 판결)

214) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 433쪽 ; 배종대, 앞의 책, 547쪽.

215) 신동운, 앞의 책, 632쪽.

216) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 289쪽.

근로자의 부정수급에 가담한다기보다 처음부터 실업급여 제도의 취지와는 전혀 무관한²¹⁷⁾ 불법적인 재물 또는 재산상의 이익을 취득하기 위한 의도로 범행을 기획하거나 주도하는 경우가 대부분으로, 그 불법성의 종류가 근로자의 것과는 다르고, 불법성의 정도 또한 근로자의 것보다 큰 경우가 많다. 따라서 과연 제3자의 불법성이 근로자의 불법성에 종속한다고 평가할 수 있는지 의문이다.

결국 사업주, 브로커 등 제3자를 고용보험법위반죄의 공범으로 처벌하는 것은 이들의 불법성을 제대로 평가하지 못하는 결과를 초래하고, 고용보험법이 감경 처벌되는 행위 주체를 근로자로 한정한 입법 취지에도 반하는 것이다. 앞서 분석한 판례에서, 죄질이 무거운 제3자에 대해서 사기죄가 상상적 경합으로 함께 적용되었음에도 불구하고 그 선고형의 대부분이 고용보험법의 법정형 이내인 사실 또한 이들을 고용보험법위반죄의 공범으로 의율하는 이상 공범의 종속성에 따른 한계로 볼 수 있다.

다. 고용보험법 상 양벌규정

고용보험법은 제117조(양벌규정)에서 ‘법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제116조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.’라고 규정하여, 종업원이 부정수급으로 인하여 처벌받을 경우 그의 사용자인 법인 또는 개인

217) 교회 집사인 피고인이 실업급여를 편취하여 자신의 교회에 헌금하기 위하여 교인 등 27명의 명의대여자를 모집하여 실업급여를 편취한 사안으로, 수원지방법원 성남지원 2017. 3. 23. 선고 2016고단3592 판결.

이 종업원의 부정수급을 방지하기 위한 상당한 주의와 감독을 게을리한 경우에는 사용자에 대하여도 제116조 제2항의 벌금을 부과할 수 있게 하였다.

대법원은 위 양벌규정과 같은 문언 및 형식으로 규정된 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제75조(양벌규정)²¹⁸⁾에 관한 사안에서, “이와 같은 양벌규정의 취지는 법인 등 업무주의 처벌을 통하여 벌칙조항의 실효성을 확보하는 데 있는 것이고, 법인은 위반행위가 발생한 그 업무와 관련하여 법인이 상당한 주의 또는 관리·감독 의무를 게을리한 과실로 인하여 처벌되는 것이라 할 것인데, 구체적인 사안에서 법인이 상당한 주의 또는 감독을 게을리하였는지 여부는 당해 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 당해 법률의 입법 취지, 처벌조항 위반으로 예상되는 법익침해의 정도, 위반행위에 관하여 양벌규정을 마련한 취지 등은 물론 위반행위의 구체적인 모습과 그로 인하여 실제 야기된 피해 또는 결과의 정도, 법인의 영업 규모 및 행위자에 대한 감독가능성이나 구체적인 지휘·감독관계, 법인이 위반행위 방지를 위하여 실제 행한 조치 등을 전체적으로 종합하여 판단하여야 한다.”라고 판시(대법원 2012. 5. 9. 선고 2011도 11264 판결)하여, 양벌규정의 본질이 과실범임을 명확히 하였다.

위 양벌규정은 부정수급에 관한 형사처벌의 범위를 확대한 것으로 볼 수 있다. 즉 앞서 살펴본 사업주 등 제3자에 대하여 적용할 수 있는 사기죄 및 고용보험법위반죄의 공범은 모두 고의범인바, 사업주인 개인

218) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제75조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제71조부터 제73조까지 또는 제74조제1항의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

에 대하여 종업원의 부정수급에 대한 고의를 인정할 수는 없으나 그에 대한 상당한 주의와 감독을 게을리한 과실이 인정될 경우에는 위 양벌규정에 의하여 처벌할 수 있으므로, 고의뿐만 아니라 과실에 대해서도 형사처벌을 할 수 있다. 또한 일반적으로는 형사책임능력이 없는 법인에 대해서도 책임을 물을 수 있다.

실제 사례에서는 이 조항을 적용하는 경우가 많지 않은 것으로 보이는바²¹⁹⁾, ‘상당한 주의 또는 감독을 게을리하였는지 여부’에 관한 대법원의 판단 기준이 너무 일반적이고 추상적²²⁰⁾이라는 점 또한 그 이유 중 하나로 보인다. 양벌규정이, 종업원의 부정수급이 있으면 바로 법인 또는 개인의 책임을 인정하는 사실상 무과실 책임과 같이 운용되어서는 안 될 것이나, 판단 기준의 모호함으로 인해 부정수급과 관련한 법인 또는 개인의 과실 책임을 물음으로써 간접적으로 부정수급을 억제하겠다는 고용보험법의 입법 취지가 무시되어서도 안 될 것이다.

라. 입법 제안 - 제3자를 처벌하는 구성요건 신설

궁극적으로는 고용보험법에 사업주나 브로커 등 부정수급에 관여한 제3자를 정범으로 처벌하는 새로운 구성요건을 규정하는 것이 필요하다.

이와 관련하여, 고용노동부는 2016. 9. 28. 고용보험법 일부개정법률안을 입법예고(고용노동부 공고 제2016-308호)하였는데, 그 중 벌칙 조항과 관련하여 고용보험 부정수급의 처벌대상을 고용안정·직업능력개발사

219) 앞서 분석한 판례들 중 위 양벌규정을 적용한 판례는 총 2건으로, 법인 및 개인에 대하여 각 1건씩 적용되었다.

220) 최대호, 법인의 형사책임 - 양벌규정의 법인면책사유로서 "상당한 주의와 감독"의 판단기준 -, 「중앙법학」, 중앙법학회, 2011년, 18쪽.

업 지원금의 부정수급자 및 부정수급을 공모·알선한 자에게까지 확대하고, 일반 부정수급자의 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금, 공모형 부정수급의 경우 그 부정수급자와 공모자를 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 그 수위를 강화하는 내용²²¹⁾이 포함되어 있다.

현행 고용보험법이 근로자의 실업급여 등에 대한 부정수급에 대해서만 형사처벌을 규정하고 있어, 사업주의 고용안정·직업능력개발사업 지원금에 대한 부정수급에 대해서는 보조금관리에관한법률위반죄로 의율되고 있으나, 고용보험법 자체에서 근로자 및 사업주 모두에 대하여 부정수급을 형사처벌하는 규정을 두는 것은 동일한 법에 근거한 제도들에 대하여 통일적인 규율을 할 수 있다는 점 및 고용보험법이 근로자만 처벌한다는 인상을 개선할 수 있다는 점에서 긍정적으로 평가된다.

또한 부정수급에 관여한 사업주, 브로커 등 제3자를 정범으로서 처벌하는 조항을 신설한 것도 바람직하다. 즉 부정수급에 관한 제3자의 불법성이 근로자의 불법성과는 그 종류 및 정도가 다르고, 범행 동기나 목적이 처음부터 실업급여 제도의 취지에서 벗어나 있음에도, 제3자를 고용보험법에 따라 감경 처벌되는 근로자의 공범 형태로 처벌하는 것은 타당하지 않기 때문이다.

그러나 사업주 등을 처벌하기 위해 그들의 ‘거짓된 신고·보고·증

221) 고용보험법 일부개정법률안 제116조제2항 중 “실업급여·육아휴직 급여 및”을 “이 법에 따른 고용안정·직업능력개발 사업의 지원·실업급여·육아휴직 급여·육아기 근로시간 단축 급여 또는”으로, “1년 이하의 징역 또는 1천만원”을 “3년 이하의 징역 또는 3천만원”으로 하고, 같은 조에 제3항을 다음과 같이 신설한다.

③ 제2항의 거짓이나 그 밖의 부정한 방법이 사업주(사업주의 대리인·사용인, 그 밖의 종업원을 포함한다) 또는 제3자의 거짓된 신고·보고·증명에 따른 것일 경우 제2항에 따른 지원·급여 등을 받은 자 및 사업주 또는 제3자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

(https://www.moel.go.kr/view.jsp?cate=3&sec=1&smenu=3&mode=view&bbs_cd=115&state=A&seq=1475024355558. 2017. 9. 27. 방문.)

명'을 새로운 구성요건으로 요구하는 데는 신중할 필요가 있다. 사업주 등이 부정수급에 가담하는 행태는 현실적으로 매우 다양할 수 있으므로 '신고·보고·증명' 중 어느 하나의 행위 유형에 꼭 들어맞지 않는 경우가 있을 수 있다. 특히 공식적으로 자신의 존재를 드러내지 않으면서 실질적으로 범행을 조직하고 주도하는 브로커에 대해서는 추가 구성요건을 입증하기가 더욱 어려울 수 있다. 또한 이미 부정수급이 성립하기 위해서는 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법' 또는 기망행위가 인정되어야 하는데, 이들은 '거짓된 신고·보고·증명'을 포함하는 넓은 개념이므로, 추가로 '거짓된 신고·보고·증명'을 요구하는 것은 사실상 별다른 의미가 없는 요건으로 운용되거나, 반대로 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법' 또는 기망행위와 구별하기 위하여 엄격하게 해석함으로써 일부 가벌성이 있는 사업주 등을 처벌하지 못하는 흠결이 발생할 위험성이 있다.

'거짓이나 그 밖의 부정한 방법' 또는 기망행위는 그 행위 태양을 제한하지 않는 넓은 개념으로 부정수급에 관여하는 제3자의 행위 유형을 포섭하기에 부족함이 없고, 구체적인 사안에서의 양형은 불법성의 정도, 부정수급으로 인한 수익의 규모 등 사실관계를 고려하여 정하면 충분하다고 할 것이다.

따라서 부정수급에 관여한 제3자를 처벌하기 위해서는 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 다른 사람으로 하여금 실업급여·육아휴직 급여 및 출산전후휴가 급여 등을 받게 한 자'라는 구성요건만 신설해도 충분할 것으로 생각한다. 다만, 앞의 판례 분석 결과 제3자가 관여한 경우 부정수급의 규모 및 불법성의 정도가 커지는 경향이 있는 것으로 보이고, 실업급여 제도의 취지가 근로자의 생존권 보호에 있음을 고려할 때, 제3자에 대한 법정형은 현행 근로자에 대한 법정형보다는 높일 필요가 있다.

따라서 같은 취지에서 고용노동부의 개정안에서 근로자에 대한

법정형을 높이는 데는 좀 더 신중한 검토가 필요하다고 할 것이다. 물론 근로자 중에서도 반복적, 계획적으로 부정수급을 하는 자에 대해서는 보다 엄격한 처벌이 필요할 수 있으나, 제3자가 가담하지 않은 근로자의 단독 범행은 그 규모나 방법 면에서 한계가 있으므로, 현행 법정형 내에서 이러한 사정을 양형 사유로 참작하여 처벌하는 것이 크게 부당한 결과를 초래하지는 않을 것이다.

V. 결론

실업급여 제도는 도입 후 현재까지 우리 사회에서 실직한 근로자의 생계 보호 및 사회안전망으로서의 주요한 역할을 수행해오고 있다고 평가할 수 있다. 그러나 실업급여의 수급요건이 엄격하여 실업급여를 필요로 하는 사람들이 수급요건을 충족하지 못하는 경우가 있고, 수급권자 중에서도 수급요건의 엄격함 및 절차의 복잡함으로 인하여 자신이 수급권자임을 모르거나 스스로 포기하는 경우도 있어, 실제 실업급여수급률이 50%에 미치지 못할 정도로 낮은 것 또한 엄연한 현실이다. 그런 반면, 일단 실업급여를 신청하기만 하면 거의 100% 수급하고 있어, 실업급여 심사 과정이 실질적으로 이루어지지 못하고 있다.

실업급여 제도의 확대에 따라 실업급여의 부정수급 또한 증가하고 있고, 특히 사업주, 브로커 등 제3자가 관여한 대규모의, 조직적인 부정수급이 증가하였는바, 위와 같은 실업급여 수급요건의 엄격함 및 실업인정 과정의 문제점이 부정수급의 발생과 관련이 있는 것으로 볼 수 있다.

현행법상 부정수급에 대해서는 지급 제한, 반환 및 추가징수와 같은 행정적 제재 및 형사처벌을 부과함으로써 엄격하게 규율하고 있으나, 부정수급의 죄질을 고려하여 경미한 부정수급의 경우에는 제재를 완화하는 한편, 죄질이 중한 행위에 대하여는 보다 엄정하게 대처하는 등 부정수급에 대한 제재 체계를 합리화 내지 세분화할 필요가 있다.

이러한 관점에서 먼저 고용보험법이 부정수급에 대한 법정형을 사기죄에 비추어 대폭 낮추면서 그 벌칙의 주체를 수급권자로 제한하고 있는 것은 수급권자인 근로자에 한해서 그 제재를 완화하겠다는 입법 의지로 평가할 수 있다. 이는 실업급여의 수급요건이 엄격하여 실업급여를 필요로 하는 모든 근로자들을 포괄하지 못하고 있고, 수급요건을 갖춘 근로자들

중에서도 실제 수급률이 높지 않은 현실 및 개별 근로자에게는 지급 제한, 반환 및 추가징수와 같은 비형벌적 조치만으로도 대부분 충분한 제재 효과를 거둘 수 있다는 점을 고려하면 더욱 그 정당성이 인정된다.

그러나 현재 실무상 근로자의 부정수급에 대하여 고용보험법위반죄 및 사기죄의 상상적 경합으로 처벌하는 것은 위와 같은 고용보험법의 입법 의지에 반하는 것이라고 할 것이다. 고용보험법위반죄의 구성요건은 그 주체를 근로자로 제한한다는 점과 기망행위가 발생하는 영역이 실업급여와 관련한 영역으로 한정된다는 점을 제외하고는 사기죄의 구성요건과 실질적으로 같으므로, 고용보험법위반죄는 일반적 구성요건인 사기죄에 대한 감경적 구성요건으로 양 죄는 법조경합 중 특별관계에 해당한다. 따라서 근로자에 대해서는 고용보험법위반죄만 성립하므로, 사기죄를 적용할 수 없다. 앞으로 근로자의 부정수급에 대해서는 고용보험법위반죄로만 처벌하는 것이 타당하다. 이미 일부 판결에서 고용보험법위반죄로만 선고한 사례가 존재하는 것 또한 양 죄의 관계를 법조경합으로 판단했기 때문에 가능한 것이다.

반면, 부정수급 중 사업주나 브로커 등 제3자가 관여한 경우는 그 규모, 기간, 방법 등 측면에서 죄질이 더욱 무거우나 현재 실무상 이들에 대해서도 근로자와 마찬가지로 고용보험법위반죄의 공범 또는 고용보험법위반죄의 공범 및 사기죄의 상상적 경합으로 처벌하고 있어, 죄질에 상응하는 처벌이 이루어지지 못하고 있다. 물론 양형 과정에서 구체적인 사정들이 참작되고는 있으나, 판례 분석 결과 제3자에 대한 선고형의 대부분이 고용보험법위반죄의 법정형 이내에서 이루어지고 있다는 사실이 확인되었다. 제3자에 대해서는 고용보험법이 직접 적용될 수 없기 때문에 형법 상 공범 조항의 적용에 따라 근로자에 대한 고용보험법위반죄의 공범으로 의율되고 있는바, 제3자의 경우 그 범행 동기가 처음부터 실업급여 제도의

취지와는 전혀 무관한 불법적인 이득을 취하기 위한 것이거나 불법성이 근로자의 것보다 더 큰 경우가 많아 제3자의 불법성이 근로자에 종속한다고 보기 어려우므로, 제3자를 근로자의 공범으로 보는 것은 타당하지 않다.

따라서 고용보험법에 제3자의 독자적인 불법성을 명시하는 벌칙 조항을 신설하여 제3자를 정범으로서 처벌할 필요가 있다. 이로써 제3자의 불법성을 정당하게 평가할 수 있고, 근로자에 대한 구성요건으로서의 현행 고용보험법위반죄의 고유한 영역을 확보할 수 있다. 제3자에 대한 법정형은 그 불법성에 상응하도록 현행 고용보험법위반죄의 법정형보다는 높게 설정될 필요가 있다.

이러한 입법이 현실화되기 전까지는 제3자에 대해서는 사기죄로만 처벌하는 것이 타당하다. 사기죄는 고용보험법위반죄에 대하여 일반적 구성요건이므로, 고용보험법위반죄의 구성요건을 충족하지 못하는 제3자에 대해서는 일반적 구성요건인 사기죄가 성립하기 때문이다. 제3자의 불법이 근로자의 불법에 종속하는 것이 아닌 고유의 불법이라는 점을 부각하기 위해서라도 고용보험법위반죄의 공범으로 의율하지 않을 필요가 있다.

참 고 문 헌

1. 교과서

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010
- 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 박영사, 2014
- _____, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 2016
- 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013
- 박상기, 형법학, 집현재, 2015
- _____, 형법각론, 박영사, 2011
- 배종대, 형법총론, 홍문사, 2016
- _____, 형법각론, 홍문사, 2015
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2017
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2015
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2014
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2013
- 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 박영사, 2015
- 이흥재·전광석·박지순, 사회보장법, 신조사, 2015
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2017년
- 전광석, 한국사회보장법론, 법문사, 2014
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2017
- 홍성방, 헌법학개론, 박영사, 2017

2. 단행본

고려대학교 산학협력단(책임연구원 박지순), 고용보험 법령체계 개선방안, 고용노동부, 2012

고용노동부, 온라인 실업인정 확대에 따른 부정행위 관리 및 제재 합리화 방안, 2016

_____, 2017년판 고용보험 백서, 2017

김유근(연구책임자), 부정수급 사례·유형별 프로파일링 및 기획조사 활용 방안 등 마련, 한국형사정책연구원, 2015

김장기·양정희, 산재보험 부정수급 방지 사업 연구 - 공단 내부인식도 조사를 중심으로 -, 근로복지공단 산재보험연구센터, 2013

대검찰청, 부정수급사범 수사 매뉴얼, 2015

방하남·김진욱·이성균·심규범·정연택·박혁, 일용근로자 실업급여 수급실태와 제도개선 과제 : 건설업을 중심으로, 한국노동연구원, 2008

오윤섭(책임연구자 오윤섭), 부정수급 및 사각지대 축소를 위한 사회보장 모니터링 : 사회서비스 분야를 중심으로, 한국보건사회연구원, 2016

전형진, 실업급여 부정수급 방지대책 평가 및 개선방향, 국회입법조사처, 2016

한국노동연구원(연구책임자 유길상), 외국의 고용보험 부정수급 방지제도 연구, 노동부, 2008

3. 학술논문

김동욱, “「근로자직업능력개발법」상 부정행위의 요건인 ‘거짓 그 밖의 부정한 방법’의 의미 - 대법원 2013. 6. 13. 선고 2010두24722 판결 -”, 「노동법학」 제47호, 2013

김복기, “사회적 기본권의 법적 성격 - ‘인간다운 생활을 할 권리’를 중

심으로 -”, 「사회보장법연구」 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014

김상철·이미애, “한국형 공공부조 부정수급 방지모형 : 영국의 부정수급 조사국(BFI) 경험을 중심으로”, 「한국행정사학지」 제30호, 2012

김성은, “보조금범죄의 현황과 효과적 통제방안 : 형법적 규제를 중심으로”, 「형사정책연구」 제24권 제1호, 2013

김소영, “적극적 노동시장정책을 위한 미국 실업보험제도의 변화와 시사점”, 「노동정책연구」 제5권 제2호, 한국노동연구원, 2005

김지운, “구직급여제도의 변화가 노동시장에 미치는 영향”, 한국개발연구원, 2016

노병호·엄주천, “현행 실업급여 제도에 대한 재검토”, 「원광법학」 제28권 제1호, 2012

노정휘·조규식, “실업급여제도의 운영 과정상 문제점과 개선방안”, 「한양법학」 제23권, 한양법학회, 2012

노호창, “실업급여의 요건과 제한에 관한 연구”, 「노동법연구」, 서울대 노동법연구회, 2016

_____, “고용보험법상 권리 주체”, 「노동법학」 제41호, 한국노동법학회, 2012

_____, “사회보험수급권의 재산권적 성격에 관한 소고”, 「노동법연구」 제31호, 서울대노동법연구회, 2011

_____, “고용보험법상 권리의 법적 성격과 권리구제의 특징”, 「사회보장법연구」 1호, 서울대사회보장법연구회, 2012

_____, “실업급여와 퇴직금을 둘러싼 노사간 담합사건의 시사점 - 인천지방법원 2014. 10. 24. 선고 2014노2850 판결 -”, 「노동법학」 제53호, 2015

_____, “실업급여를 받을 수 있는 정당한 이직 사유 - 서울행정법원 2014. 7. 3. 선고 2014구합2270 판결 -”, 「월간노동리뷰」, 한국노동연구원, 2014

_____, “육아휴직급여에 대한 법적 쟁점의 검토”, 서울대노동법연구회, 2017. 9. 19. 발표문

도재형, “사회보장급여의 조정”, 「사회보장법학」 제2권 제2호, 2013

박미선, “미국 주택바우처 프로그램 부정수급 특성 및 시사점”, 「주택연구」 제23권 제2호, 한국주택학회, 2015

박성민·이현정, “국가보조금사기에 대한 형법적 대응방안”, 「외법논집」 제35권 제3호, 2011

방하남·남재욱, “고용보험의 사각지대와 정책과제에 관한 연구: 실업급여를 중심으로”, 「사회복지정책」 43권 1호, 한국사회복지정책학회, 2016

선종수, “국가보조금 부정수급에 대한 형법적 고찰”, 「부산대학교 법학연구」, 제57권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2016

성재민, “실업급여의 역사와 과제”, 「월간노동리뷰」, 한국노동연구원, 2016

송재환, “고용보험 수혜여부의 영향요인에 관한 분석 : 실업급여 신청과 수급을 중심으로”, 서울대학교 행정학 석사학위 논문, 2013

신상민, “직업능력개발훈련지원금 부정수급 규정의 위헌성 - 행정법원과 헌법재판소 판례를 중심으로 -”, 「법학논총」 제21편 제1호, 조선대학교법학연구원, 2014

엄현택·이창원, “실업급여정책의 효과성에 관한 연구 - 수급기간과 지급 수준을 중심으로 -”, 「한국정책학회보」 제19권, 한국정책학회, 2010

우희숙, “노동형법의 패러다임 변화와 노동형법정책의 방향”, 고려대학

교 법학 박사학위 논문, 2010

윤문희, “일본의 실업급여법제”, 한국법제연구원, 2016

이대창, “한국의 구직급여 수급률 결정요인 분석“, 「노동경제논집」 39권 1호, 한국노동경제학회, 2016

이경렬, “죄수결정기준과 법조경합의 본질”, 「형사법연구」 제22권, 한국형사법학회, 2004

이병희, “고용보험 20년의 평가와 과제 : 사각지대와 실업급여를 중심으로”, 「한국사회보장학회 정기학술발표논문집」, 한국사회보장학회, 2015

이상은, “실업인정과 실업급여 수급자 재취업촉진 개선방안 - 서울고용센터의 운영실태를 중심으로 -”, 「직업과고용서비스」 제7권 제1호, 직업과고용서비스연구학회, 2012

이상현, “영국의 사회복지급여 부정수급 방지 정책 동향”, 한국고용정보원, 2014

이윤진, “고용보험 부정수급 사례 분석 : 고용보험 재심사 사례를 중심으로”, 「사회보장연구」 제32권 제2호, 한국사회보장학회, 2016

이호근, “사회보장법 총론의 가능성 - 사회보장기본법 개정논의와 관련하여 -”, 「사회보장법학」 제1권 제1호, 2012

이흥재, “실업급여의 수급자격과 구성체계 - 캐나다와 한국의 고용보험법을 기초로 한 비교연구 -”, 「서울대학교 법학」 제45권 제3호, 2009

장승혁, “사회보험법과 사회연대 원리”, 서울대학교 법학 박사학위논문, 2017

전영준, “실업보험급여의 적정 구조에 대한 연구 : 일반균형모형을 이용한 접근”, 「한국경제의분석」 15권, 한국금융연구원, 2009

정희선, “구 고용보험법 제35조 제1항 위헌결정에 관한 소고 : 헌법재판소 2013. 8. 29.자 2011헌바390 결정【구 고용보험법 제35조 제1항 위

헌소헌】”, 「사회보장법연구」 2014년 제3권 제2호, 서울대 사회보장법연구회, 2014

조상민, “국민기초생활보장제도 서비스전달 누수현상의 모니터링 체계에 관한 연구 - 미국 공공부조 모니터링 시스템의 비교를 중심으로 -”, 서울대학교 행정학 석사학위 논문, 2009

조성혜, “구직급여의 수급 제한 및 중지(우리나라와 독일 법제의 비교를 중심으로)”, 「사회법연구」 제12호, 한국사회법학회, 2009

_____, “고용보험법상 구직급여의 수급요건”, 「노동법학」, 한국노동법학회, 1998

_____, “사회보험법상 중복급여의 조정 - 사회보험급여와 근로소득을 중심으로”, 「노동법학」, 한국노동법학회, 2011

조현주·허선, “국민기초생활보장제도의 부정수급에 관한 사례 연구”, 「사회과학연구」 제16권 제1호, 2010

차진아, “사회보장수급권의 헌법적 근거와 제한사유의 합헌성에 대한 검토 - 사회보험수급권을 중심으로 -”, 「사회보장법학」 제2권 제2호, 2013

최대호, “법인의 형사책임 - 양벌규정의 법인면책사유로서 "상당한 주의와 감독"의 판단기준 -”, 「중앙법학」, 중앙법학회, 2011

최병각, “법조경합의 본질과 특징”, 「비교형사법연구」 18권 4호, 한국비교형사법학회, 2016

한익현, “사회서비스 부정수급에 관한 인식유형 분석 - Q방법론을 이용하여”, 서울대학교 행정학 석사학위 논문, 2016

홍정식, “산재보험 부정수급 식별모형에 관한 연구”, 서울산업대학교 IT정책전문대학원 석사학위 논문, 2008

Mckeever, Gráinne, “Social Citizenship and Social Security

Fraud in the UK and Australia”, Social Policy & Administration, Vol.46 No.4, 2012,

Wandner, A. & Stettner, Andrew, “Why are many jobless workers not applying for benefits?”, Monthly Labor Review, Vol.123(6), 2000

4. 통계 및 인터넷자료

“실업급여 수혜율과 실업급여의 소득대체율 각국 비교”, 「노동리뷰」, 한국노동연구원, 2008

“영국 복지부정청구 방지 제도”, 국민권익위원회, 2014

“FRAUD, WASTE AND ABUSE IN SOCIAL SERVICES, Identifying and Overcoming this Modern-day Epidemic”, Accenture, 2013

5. 보도자료 및 기사

“더 깐깐하게 더 강력하게! 고용부·경찰청, 실업급여 부정수급 뿌리 뽑는다. - 2월 1일 ~ 10월 31일까지 9개월 동안 고강도 합동 단속”, 고용노동부·경찰청 보도자료, 2016

“고의적인 국가장학금 부정수급, 뿌리 뽑는다 - 국가장학금 부정수급할 경우, 국가장학금 지원 제한 등 제재 강화”, 교육부 보도자료, 2016

“실업급여 부정수급 병폐 '특별단속'”, 제주도민일보, 2017. 9. 12.

“국고보조금 부정수급 시각장애인 형제 등 15명 적발”, 세계일보, 2017. 9. 5.

“북한이탈주민 지원금 부정수급 '필요적 몰수' 합헌”, 세계일보, 2017. 9. 1.

“‘의료급여 90억 부정수급’ 장학재단 이사장 실형 선고”, 파이낸셜뉴스,
2017. 8. 26.

6. 인터넷사이트

고용노동부(<http://www.moel.go.kr/>)

e-나라지표(<http://www.index.go.kr/main.do>)

국가통계포털(<http://kosis.kr/index/index.jsp>)

법제처 국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr/main.html>)

국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

대법원 양형위원회(<http://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/main/Main.work>)

대법원 종합법률정보(<http://glaw.scourt.go.kr/wsjo/intesrch/sjo022.doil.do>)

미국 캘리포니아 정부(법령)(<http://leginfo.legislature.ca.gov/>)

영국 정부(법령)(<http://www.legislation.gov.uk/>)

영국 검찰청(<http://www.cps.gov.uk/>)

일본 정부(법령)(<http://elaws.e-gov.go.jp/>)

헌법재판소(<https://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/main/index.do>)

형사사법정보시스템(<http://ptl.kics.go.kr/>, 다만 ‘판결문검색’ 기능은

외부에서 접근할 수 없음)

Abstract

Unemployment Benefits Fraud

- focusing on the matter of Penalty -

-

Jang, Hye Young

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

Korean unemployment benefits system can be evaluated in general that it has been functioning well as a social security net for the unemployed workers for around 20 years.

But there are still many unemployed workers who are really in need for unemployment benefits, but not eligible for it, because of the strictness of eligibility requirements and the low reciprocity rate of unemployment benefits. Also both the amount of money and the days to receive unemployment benefits are not enough to support the livelihood of unemployed workers. For the full effect of unemployment benefits system, the strictness of eligibility requirements should be alleviated and the coverage of

the benefits should be up in both amount of money and the days.

On the other hand, the recognition rate of unemployment benefits for the application is almost 100%, which means the relevant office, who has the power and responsibility to determine whether the application is accepted or denied, is not doing its job well. This kind of malfunctioning of the office might trigger fraud, or in contrary, mis-categorize the application just ineligible as a fraud.

Fraud on unemployment benefits are increasing as the unemployment benefits system is getting popular. Employment Insurance Act has a penalty provision to punish the worker who received unemployment benefits by fraud or improper means, but a limited term of imprisonment and amount of fine is much less than those of Criminal Act, considering the purpose of Employment Insurance Act to protect unemployed workers.

The range of the discussion in this thesis is limited, in terms that the need or imperativeness of penalty on unemployment benefits fraud is not dealt with, expecting later research on that subject.

Now in law practice, fraud in worker's part is punished by Employment Insurance Act and Criminal Act, perceived as compound crimes, which is not right. The fraud by Employment Insurance Act is a special crime in relation with the fraud by Criminal Act, in other words they are in state of codes

competition. As a result, worker's fraud must be punished only by Employment Insurance Act.

Meanwhile, Employment Insurance Act has no penalty provision for people who joined in fraud, like employer, broker, so called 'third party' who is not worker. So 'third party' must be punished by Criminal Act, which is a general crime in relation with Employment Insurance Act.

But now in law practice, 'third party' is also punished by Employment Insurance Act as a co-principal of worker, which is not right, because 'third party' cannot be a complicity including co-principal in terms of the fact that its criminality is often bigger and different compared to worker's. As a result, 'third party' should be punished only by Criminal Act.

Finally an amendment of Employment Insurance Act to create a new penalty provision to punish 'third party' as a principal offender is strongly needed. In that case, a limit of imprisonment and amount of fine should be higher than those for workers. Through this legislative effort, it would be possible to evaluate the criminality of 'third party' more exactly, secure the own meaning and position of a penalty provision for workers, eventually regulate the matter of penalty on fraud more effectively in the same act.

Keywords : Unemployment Benefits, Fraud, Eligibility Requirements,
Improper Means, Penalty, Worker, Employer, Broker,
Employment Insurance Act, Criminal Act, Codes
Competition

Student Number : 2001-21904